Decis.
6^{d}

Annulosa

Annalen

des

Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts

zu

Dresden.

Herausgegeben

durch

Dr. Friedrich Albert von Langenn,

wirklichen Geheimen Rath, Präsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts, Großkreuz des K. S. Verdienstordens u. s. w.,

Dr. Conrad Sickel,

Oberappellationsrath,

und

Dr. Karl Magnus Pöschmann,

Oberappellationsrath.

Erster Band.

Leipzig,
Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.
1860.

3

Das K. S. Oberappellationsgericht.

Ein Vorwort zu dessen Annalen,

von

Dr. Karl Magnus Pöschmann.

§. 1.

Das K. S. Oberappellationsgericht, auf Grund des Gesetzes B. vom 28. Jan. 1835, die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betr., in dem Jahre 1835 errichtet, ist in Justizsachen die höchste Instanz. (Angez. Ges. B. §. 1. u. §. 9.) Jedoch steht es in disciplineller Hinsicht unter der Oberaufsicht des Justizministerii. (Angez. Ges. B. §. 1.)

§. 2.

Der **Geschäftskreis** des OAG.*) kann unter folgenden Kategorien aufgefaßt werden:

I. Ordentliche Thätigkeit des Gerichtshofs.

A. Criminalsachen.

1) Sachen des alten Verfahrens können gegenwärtig und bis auf Weiteres, abgesehen von einzelnen durch irgendwelche Zufälligkeiten zurückgehaltenen Untersuchungen aus anderen Landestheilen, nur noch aus den Schönburg'schen Rezeß-Herrschaften eingehen. In Betreff der Fälle, in denen das OAG. in

*) Ferner zu benutzende Abkürzung für: Oberappellationsgericht.

derartigen Sachen theils in zweiter Instanz (vergl. angez. Ges. B. §. 38. 1., verbunden mit Ges. vom 30. März 1838, einige Abänderungen in dem Verfahren in Untersuchungssachen betr. §. VIII.), theils in dritter Instanz (vergl. angez. Ges. B. §. 38. 3.; angezog. Ges. vom 30. März 1838, §. X.; beziehentlich angez. Ges. B. §. 38. 9.) zu sprechen hat, genügt die Verweisung auf nurbemerkte Gesetze.

2) In den Sachen des neuen Verfahrens, in Gemäßheit der Strafprozeßordnung vom 13. August 1855, entwickelt das OAG. seine Thätigkeit nach folgenden Richtungen:

a) Es entscheidet Streitigkeiten der Gerichte über ihre Zuständigkeit, soweit nicht dießfalls — Einzelrichter desselben Bezirks angehend — die Bezirksgerichte competent sind (StPO. Art. 60).

b) Das Auftragsrecht steht demselben in den in der StPO. Art. 61. 62. 352. 2. 398 1. vorgesehenen Fällen zu.

c) Bei dem Zusammentreffen von Civil- und Criminalpuncten hat es über die Weigerung des Civilrichters zu vorgängiger Behandlung des Civilpunctes dann zu entscheiden, wenn der Civilrichter erster Instanz ein Appellationsgericht sein würde (StPO. Art. 129).

d) Das OAG. entscheidet in allen Fällen der Nichtigkeitsbeschwerde (vergl. insbesondere StPO. Art. 240. 242 f. 250. 256; 338. 2. 3. 385; 377; 422. 2.; 432. 4.) als Cassationsinstanz *) (StPO. Art. 94.),

e) als Berufungsinstanz über Berufungen gegen Entscheidungen der Bezirksgerichte (StPO. Art. 94; 240; 338; 396. 2.),

f) über Beschwerden in bezirksgerichtlichen und Einzel-

*) Die einzelnen Fälle stellen zusammen: Schwarze, Commentar zur StPO. L. 1856. II. S. 283 f. und Schletter, Lehrbuch des K. S. Strafproceßrechts L. 1856. §. 311. S. 222 f. — Wegen einer besonderen Modification vergl. Schletter a. a. O. §. 323. Note 1. S. 234.

richtersachen, als zweite, beziehentlich als dritte Instanz (StPO. Art. 98.)

g) Wenn ein auf Todesstrafe lautendes Erkenntniß eines Bezirksgerichtes mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels von dem Verurtheilten nicht angefochten wird, so ist jenes dem OAG. von dem Bezirksgericht von amtswegen vorzulegen, und ersteres hat hierauf eben so zu verfahren, als ob der Verurtheilte gegen das Erkenntniß Berufung eingewendet hätte. (StPO. Art. 357)*).

Das OAG. ertheilt seine Entscheidungen in diesen Fällen, theils — wenn die angefochtene Entscheidung mittelst Erkenntnisses erfolgte — mittelst Erkenntnisses, theils mittelst Verordnung. (StPO. Art. 94. 2. Art. 98.); in allen diesen Fällen — beziehentlich unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft (StPO. Art. 28) — theils in öffentlicher, theils, und zwar in den meisten, in nicht öffentlicher Sitzung (StPO. Art. 341. 344. 356).

Endlich können auch einzelne Mitglieder des Collegii in dessen Auftrage thätig werden in dem Falle des Art. 342. 3. der StPO.

3) In Untersuchungen gegen Uebertreter der gesetzlichen Vorschriften in Sachen die indirecten Abgaben betreffend erkennt das OAG. auf eingewendete „Appellation an die höhere Justizbehörde", wenn die erste Entscheidung von der Zoll- und Steuer-Mittelbehörde gesprochen ist, in zweiter und beziehentlich dritter Instanz (Ges. vom 27. Decbr. 1833 das Untersuchungsverfahren 2c. betr. §. 149 f. 154. verb. mit dem Ges. vom 14. Decbr. 1837 die definitive Gültigkeit des vorbemerkten Ges. betr.)

**) Schletter a. a. O. §. 292. S. 204. bezeichnet diesen Fall nach dem Vorgange der bairischen Strafproceßgesetzgebung als den der „nothwendigen Revision."

4) In Militärstrafsachen spricht das OAG. unter Zuziehung des Generalauditeurs, welchem dabei wie einem Rathe eine Stimme zukommt, nach Befinden eines activen Stabofficiers mit berathender Stimme, auf Rechtsmittel gegen Erkenntnisse des Oberkriegsgerichts, beziehentlich gegen durch letzteres bestätigte Kriegsrechtsprüche in zweiter und letzter Instanz (Gesetz v. 28. Jan. 1835 C. über privilegirte Gerichtsstände zc. §. 44; Verordn. einige Bestimmungen in Bezug auf Militärrechtspflege betr. vom 25. Septbr. 1856. §. 12.)

5) Weiter ist das OAG., insoweit es sich um Fälle der in dem Hausgesetze vom 30. Decbr. 1837. §. 76. No. 2. vorgesehenen Art handelt, die erste Spruchinstanz (Angezog. Gesetz §. 77.: Ges. die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz zc. betr. vom 11. Aug. 1855. §. 3.)

6) Endlich verbleibt das OAG. in den die Fürsten und Grafen Herrn von Schönburg betreffenden Criminalsachen in dem Spruch- wie Verordnungs-Falle die zweite Instanz. (Receß vom 9. Octbr. 1835. Abschn. I. §. 12.; angez. Ges. vom 11. August 1855. §. 3).

B. Civilsachen,

im engern Sinn, einschließlich derer der Militärgerichte, der Bergsachen, wobei nach Befinden ein oder einige Sachverständige mit berathender Stimme zuzuziehen sind (angez. Ges. C. §. 49.), und der durch das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832. §. 249. den Civilgerichten zugewiesenen Beweisverfahren.

1) In allen Spruchfällen der vorbezeichneten Kategorien erkennt das OAG.,

a) soweit bei größeren Rechtssachen — d. i. denen, wo das Object der Klage in dem Sinne des Mandates vom 28. Novbr. 1753., beziehentlich des Gesetzes vom 16. Mai 1839. §. 43. den Betrag geringfügiger Rechtssachen übersteigt, also mehr als 50 Thlr. resp. 100 Thlr. beträgt —

die appellabele Summe — ein Werth von mehr als 200 Thlr., oder 8 Thlr. jährlich, — oder in einem nicht geringfügigen Puncte divergirende Entscheidungen erster und zweiter Instanz vorhanden, ingleichen insofern nicht in dem summarischen Besitzprocesse über den jüngsten Besitz entschieden ist, oder nur Kosten den Gegenstand der Beschwerden ausmachen, in dritter, und dafern dessen Urthel mit keinem der früheren Erkenntnisse wörtlich oder der Sache nach übereinstimmt und die Abweichung nicht ein geringfügiges Object betrifft, in vierter Instanz. (Zu vergl. angezog. Ges. B. §. 12 bis 19.; Erläuterungs-Gesetz vom 13. Januar 1838. §. 1—9.) Diese Enscheidungen erfolgen nach eingelegter Berufung (Appellation) entweder, und zwar in der Regel, nach vorgängigem Schriftenwechsel vor dem Proceßgerichte, oder dafern das OAG. das Rechtsmittel zur Rechtfertigung angenommen hat, nach Absetzung des Justificationsverfahrens, beziehentlich in dem Falle einer zulässigen Leuterung, des Leuterungsverfahrens vor dem OAG. (Angez. Ges. B. §. 22—28).

Dagegen erkennt das Oberappellationsgericht

b) in den vor einem Appellationsgerichte anhängigen geringfügigen und ganz geringfügigen Sachen (Angez. Ges. C. §. 2—6.) auf Berufung gegen deren Erkenntnisse in zweiter Instanz. (Angez. Ges. B. §. 19.)

c) Unzulässige aa) Appellationen oder bb) Leuterungen werden mittelst Verordnungen zurückgewiesen.

2) Bei Appellationen gegen das Verfahren, insofern dabei eine Cognition dritter Instanz nach den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen Platz ergreift, steht diese dem OAG. zu. (Angez. Ges. B. §. 30. 33.; Erl. Ges. vom 13. Januar 1838. §. 10.; Executionsges. v. 28. Februar 1838. §. 26. fg.)

In Fällen jedoch, wo ein Appellationsgericht die erste Instanz bildet, z. B. in geringfügigen Rechtssachen gegen den Fiscus, entscheidet das OAG. mittelst Verordnung in zweiter, und in solchen, wo die Appellationsgerichte die erste und zweite

Instanz bilden, in zweiter und nach Befinden dritter Instanz (Angez. Gesetz B. §. 32. verb. mit §. 15.; Verordnung die Appellationen gegen das ger. Verfahren in Civilsachen betr. vom 14. Mai 1836. §. 2. in fine).

3) Ueber Beschwerden darf das OAG. nur cognosciren, wenn sie in Rechtssachen vorkommen, in welchen an dasselbe appellirt werden durfte und appellirt worden ist (Angez. Ges. B. §. 35).

4) In an das OAG. devolvirten Civilsachen kann dasselbe Vorbeschiede abhalten.

C. In Ablösungssachen.

Das OAG. ist als dritte und letzte Instanz an die Stelle der in dem Gesetze über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832. §. 224. intermistisch geordnet gewesenen dritten Instanzen getreten, und es hat dabei wegen Zuziehung eines Landwirthschaftsverständigen die Bestimmungen des nurgedachten Gesetzes zu beobachten. (Angez. Ges. B. §. 9.) In solchen Sachen ist seine Competenz weder durch das Werthobject noch durch den Stand der früheren Entscheidungen — der Special- und der Generalcommission — beschränkt.

D. Ehesachen.

In Ehesachen, bei welchen beide Theile der evangelischen Confession angehören, oder wenn ein Theil evangelischen, der andere katholischen Glaubens ist — in den Ehesachen aus dem Bereich der Oberlausitz nur dafern diesfalls der evangelische Theil Beklagter ist (Ausführ. Verordn. vom 28. März 1835. §. 35.), — erkennt und beziehentlich entscheidet das OAG. in dem Spruch- wie in dem Verordnungsfalle in zweiter, und nach Befinden, dafern bei divergirenden Entscheidungen anderweit appellirt, — eventuell geleutert — wird, in dritter Instanz. (Gesetz vom 28. Januar 1835. C. über privilegirte Gerichtsstände ꝛc. §. 59).

Zu den Ehesachen werden — unberücksichtigt der Confession — solche Differenzen gerechnet, wo bei Verweigerung der Adscendenten in Betreff der Einwilligung zu einer Ehe des Descendenten, deren Supplirung bei dem Ehegericht gesucht wird. (Angez. Gesetz C. §. 60. verb. mit §. 54.)

E. Nullitätssachen.

In Fällen, wo eine Nullitätsklage in Civilsachen zulässig ist (vergl. angez. Ges. B. §. 20. 21.; angez. Ges. C. §. 62. 3. alinea, und Bekanntmachung einige Rechtssätze in Beziehung auf Nullitätsklagen betr. vom 4. März 1848) erkennt das OAG. darüber, nachdem vor ihm der Nullitätsproceß verhandelt worden, in erster, und auf eingewendete Leuterung in zweiter und letzter Instanz. (Angez. Ges. B. C. am ang. O.)

F. Disciplinarsachen gehören insoweit zu dem Geschäftsbereiche des OAG., als es Ordnungsstrafen gegen Untergerichte und Advocaten in einzelnen an dasselbe gehörigen Rechtssachen verhängen darf. (Angez. Ges. B. §. 9. 3. alinea.)

G. Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit übt das OAG. nur aus, soweit dieselben in den bei ihm verhandelten Rechtssachen vorkommen. (Ang. Ges. B. §. 9.)

H. Endlich kommen selbstverständlich bei dem OAG. — unter dem Namen von Verfassungssachen — Resolutions- und Berathungsgegenstände vor, welche lediglich die innere Einrichtung desselben betreffen.

II. Außerordentliche Geschäftsbranchen des Gerichtshofs.

A. Das OAG. kann als Austrägal-, beziehentlich Compromißgerichtshof in den in dem Bundesrechte*) vorgesehenen Fälle thätig werden.

*) Vergl. Klüber, öffentl. Recht des Teutschen Bundes §. 173 f. der 4. Ausgabe, insbesondere §. 174 ad not. c. §. 173 not. d. Frühere Ent-

B. Das OAG. hat die Obliegenheit, dem Justizministerium Gutachten über Gesetzgebungsgegenstände zu eröffnen (angez. Ges. B. §. 9. in fine.), eben so wie es über einzelne Fragen in Betreff des bestehenden Rechts auf Erfordern des gedachten Ministerii oder dafern es diesfalls selbst Veranlassung findet, Vorträge zu erstatten hat.

C. Das OAG. hat das Befugniß Rechtssätze, welche es seinen Entscheidungen unterlegt, mit Genehmigung des Justizministerii, in das Gesetz- und Verordnungsblatt aufnehmen zu lassen, um auf officiellem Wege seine Meinung zur allgemeinen Kenntniß zu bringen (angez. Ges. B. §. 9. 4. alinea). Dasselbe hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht in dem Ges. und Verordn. Blatte von 1835. S. 417. (2 Rechtssätze); 1836. S. 270. fg. (6 R. S.); 1838. S. 95. (1 R. S.); 1839. S. 15. (1 R. S.) S. 277. fg. (42 R. S.); 1841. S. 251. (1 R. S.); 1843 S. 81. (1 R. S.); 1845. S. 183. (1 R. S.); 1846. S. 30. (1 R. S.), S. 235. (1 R. S.); 1848. S. 1. (2 R. S.), S. 2. (2 R. S.) S. 31. (9 R. S.); 1850. S. 196. (3 R. S.); 1852. S. 27. (4 R. S.), S. 71. (2 R. S.); in allem also in Betreff von 79 Punkten. Insbesondere bilden die Rechtssätze aus dem Jahre 1839. S. 277. fg. über den Auszug und aus dem Jahre 1848. S. 31. über Nullitätsklagen ziemlich erschöpfende Feststellungen dieser in der vaterländischen Gesetzgebung nicht speciell behandelten und auch nach dem gemeinen Rechte nicht mit einiger Sicherheit zu beurtheilenden Materien.

Diese Rechtssätze haben nun nicht, wie auswärts (z. B. Zeitschrift für Rechtspflege im H. Braunschweig 1854. S. 74. in Bezug auf den Rechtssatz 1853. S. 71. die Interpretation

---

scheidungen sind in der von Klüber, a. a. O. §. 174. not. c. citirten Sammlung des Frhrn. v. Leonhardi mitgetheilt. Die neueste Compromißentscheidung zwischen der Krone Preußen und dem Herzogthum Nassau durch das K. S. OAG. erfolgte am Schlusse des Jahres 1858.

des Art. 41. der A. D. W. O. betreff.) angenommen worden, Gesetzeskraft; was insbesondere insofern von Gewicht ist, als eine unberücksichtigt eines solchen Rechtssatzes in letzter Instanz ertheilte Entscheidung eines Appellationsgerichtes deshalb nicht mit der Nullitätsklage angefochten werden kann. Vielmehr ist eine solche Bekanntmachung zwar für das OAG. selbst bis auf ebenmäßige Abänderung bindend, nicht aber für andere Gerichte.

Neben diesen officiellen Rechtssätzen des OAG. existiren aber bei demselben theils noch Theses, theils nicht publicirte Rechtssätze. Die Thesen fußen auf Plenarbeschlüssen des OAG. und sind für die Senate (s. unten) bis auf Abänderung durch das Plenum bindend. Sie erfordern Einstimmigkeit des Pleni in dem Materiellen der Sache, oder ein Compromiß sämmtlicher Votanten, daß eine Thesis per majora ermittelt werden soll. Die Rechtssätze dagegen sind formulirte Beantwortungen einzelner Rechtsfragen, in den Senaten entweder per unanimia oder per majora gefaßt und mit der Bestimmung in eine Sammlung eingetragen, daß solche bis auf anderweiten Senats- oder Plenarbeschluß bei den Rechtsprechen in dem Senate als Norm der Entscheidung befolgt werden soll.

D. Eine eventuelle Thätigkeit als testamentarisch geordnetes Schiedsgericht hat das OAG. in Betreff etwaiger Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten, die sich über das Wesen der in dem Testamente des früheren K. S. Staatsministers Bernhard von Lindenau für die Herzogl. Sachsen-Altenburgischen Lande errichteten umfänglichen Stiftungen und die deshalb getroffenen Einrichtungen herausstellen würden, mit Allerhöchster Genehmigung unter dem 24. Juni 1854 zugesagt.

§. 3.

Die in dem §. 2. dargestellten mannigfachen Geschäfte des OAG. werden theils in Senaten, theils in voller Sitzung verhandelt.

Das Collegium ist in drei Senate abgetheilt:

I. Der erste Senat hat sämmtliche Criminalsachen zu bearbeiten, soweit sie nicht in das Plenum gehören, also mit den unter sub IV. zu gedenkenden Ausnahmen alle Sachen, welche oben §. 2. unter A. resp. F. specialisirt sind. Seit die Zahl der Richter, welche nach dem neuen Verfahren den Spruchhof formirt, reducirt ist (Ges. vom 26. Juli 1858, die Zahl der Richter bei Entscheidungen in strafger. Unters. betr.) gestattet es der Personalbestand des Senats nach Befinden in zwei Subsenaten zu arbeiten, beziehentlich neben den öffentlichen Terminen nicht öffentliche Sitzung zu halten.

II. Der zweite Senat bearbeitet mit der unten unter IV. zu gedenkenden Ausnahme die §. 2. B. 1. a. erwähnten Spruchsachen dritter, sowohl von den §. 2. D. gedachten Ehesachen und im Fall des §. 2. B. 1. b. die Erkenntnisse zweiter Instanz. Von demselben gehen ferner die unter B. 1. c. aa. gedachten, weiter Verordnungen und Ladungen zu Publication seiner Erkenntnisse, sowohl die Verfügungen, welche vor Beschluß oder Publication eines in diesem Senate resolvirten oder zu beschließenden Urthels für nöthig erachtet werden, endlich die Verordnungen über Beschwerden aus, welche in Gemäsheit der Verordnung vom 11. Januar 1844 die Beschwerdeführung wegen Versagung der Berichterstattung auf eingewendete Appellation betr., an das OAG. wegen verweigerter Berichterstattung auf ordentliche Rechtsmittel, wodurch die Sache zu seiner Cognition gebracht werden soll, gelangen. Hierbei cognoscirt derselbe zugleich, soweit zu ihm gehörig, über die unter F. bemerkten Disciplinarpuncte.

III. Der dritte Senat besteht als sog. Extrajudicialsenat, aus mindestens drei, und als sog. Leuterungssenat durch Zuziehung von weiteren Mitgliedern der beiden anderen Senate aus sieben Räthen.

Der sog. Extrajudicialsenat entscheidet über Appellationen gegen das Verfahren (vergl. oben §. 2. sub B. 2. resp. 3. und D.) beziehentlich Beschwerden soweit zu dem OAG. und nicht zu dem Geschäftskreis eines der anderen beiden Senate gehörig (vergl. §. 2. B. 3. verb. mit A. resp. §. 3. II.), er leitet das Verfahren in vor dem OAG. anhängigen Sachen und resolvirt die Remission derselben.

Der sog. Leuterungssenat faßt die Erkenntnisse über Leuterungen und über Appellationen gegen Urthel des zweiten Senats (vergl. oben §. 2. B. 1. a. und D) ab, und cognoscirt über Berufungen gegen Verordnungen des Extrajudicialsenats (vergl. §. 2. B. 2. resp. D.). Derselbe spricht ferner die Erkenntnisse in Ablösungssachen (vergl. §. 2. C.).

IV. In das Plenum gehören

a) Gesetzgebungsgegenstände (vergl. §. 2. II. B.);

b) wichtigere Verfassungsgegenstände (vergl. §. 2. sub H.)

c) Erkenntnisse, welche nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze in voller Sitzung abzufassen sind, d. i. in Criminalsachen des alten Verfahrens in den im angez. Ges. B. §. 38. sub 3. Ges. vom 30. März 1838. §. X. angegebenen Fällen, sowohl in Nullitätssachen (vergl. §. 2. E.);

d) Sachen, deren Vortrag in voller Sitzung das Justizministerium besonders anordnet;

e) Austrägal- resp. Compromißentscheidungen (vergl. §. 2. II. A.);

f) Berathung von Rechtssätzen und Thesen (§. 2. II. C.)

V. In dem Plenum und dem dritten Senate führt der Präsident, in dem ersten und zweiten Senate je ein von dem Könige ernannter Special-Dirigent (Vicepräsident) das Direc-

torium, beziehentlich den Vorsitz in den Sessionen, soweit nicht der Präsident letzteren einnimmt.

VI. Der erste und zweite Senat hält an bestimmten Tagen ordentliche, nach Befinden außerordentliche Sitzungen, der dritte Senat eben so wie das Plenum wird nach Bedürfniß convocirt.

VII. Mit dem mündlichen Referate der einzelnen Sachen — in der Regel nach schriftlichen Extracten — ist ein Referent betraut. Jedoch ist es dem Ermessen des Präsidenten überlassen, ob in einzelnen Sachen Correlationen Statt finden sollen.

VIII. Endlich darf der Präsident minder wichtige, in die merita causae nicht eingreifende, keinem Zweifel unterliegende Resolutionen selbst fassen.

§. 4.

Neben den vorgeschilderten Geschäften des Gerichtshofes kommt noch die Thätigkeit einer Mehrzahl von Mitgliedern außerhalb desselben in Betracht, indem diese theils ordentlich, theils außerordentlich, in anderweiten Branchen des Staatsorganismus, theils kraft Gesetzes, theils auf Anordnung resp. mit Genehmigung des Königs, theils durch Deputation Seiten des Präsidenten eine öffentliche Wirksamkeit finden.

I. Zu den ordentlichen Nebenbranchen einzelner dazu bestimmter Mitglieder des OAG. gehören:

A. die Commission für Entscheidung über Competenzzweifel zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden. In Gemäßheit §. 6. des betreffenden Gesetzes vom 13. Juni 1840. ernennt der König von deren acht Mitgliedern außer dem Präsidenten des OAG., welcher als solcher Mitglied und Vorsitzender ist, noch drei Mitglieder aus den Räthen des OAG., sowohl zwei weitere des letzteren als Stellvertreter. Bei Gleichheit der nach §. 14. stets in gleicher Zahl vorhan-

denen Stimmen gilt nach §. 15. der Zweifel für die Competenz der Justizbehörde und für den Rechtsweg entschieden.

B. Zu der Prüfungscommission für die Probeschriften wegen Zulassung zur juristischen Praxis, sowie für Anstellung in einem Richteramte sind vier OARäthe deputirt.

Ferner sind zugeordnet zu Bildung der Collegialbehörden nach §. 18. 19. 24. und 40. des Ges. D. vom 30. Januar 1835. das Verfahren in Administrativjustizsachen betr., zwei resp. drei Räthe des OAG. als ordentliche Mitglieder, beziehentlich ein oder zwei Räthe zur Stellvertretung:

C. dem Ministerium des Innern,

D. dem Ministerium der Finanzen,

E. dem Cultusministerium,

F. dem Kriegsministerium.

Weiter sind abgeordnet zu Bildung

G. des Oberkriegsgerichts zwei Mitglieder des OAG. als ordentliche, und zwei als stellvertretende Beisitzer (Verordnung einige Bestimmungen in Bezug auf die Militärrechtspflege betr. vom 25. Septbr. 1856. §. 1.), endlich

H. des Vicariatsgerichts nach Maßgabe des Mandats vom 19. Febr. 1827. §. 14. zwei Mitglieder als ordentliche Beisitzer.

II. Eine außerordentliche Thätigkeit finden Mitglieder des OAG. zur Zeit

A. in dem Staatsrathe, der Präsident,

B. in dem Staatsgerichtshofe, der Präsident, der erste Vicepräsident und ein Rath,

C. in der zu Revision des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs niedergesetzten Commission, der Präsident und zwei Räthe.

Auf alle diese ordentlichen und außerordentlichen Geschäftsbesorgungen leiden die Bestimmungen des §. 14. des Staatsdienergesetzes vom 7. März 1835. Anwendung.

§. 5.

Ein ungefähres Anhalten für Bemessung des Geschäftsumfanges bei dem OAG. in dem Jahre 1858. geben folgende Ziffern.

Es wurden in diesem Jahre erledigt:

I. bei dem ersten Senate		
a) an Urthelssachen	1597	Nummern
b) an Verordnungssachen	805	"
	2402	Nummern
II. bei dem zweiten Senate		
a) an Verspruchssachen	806	Nummern
b) an besonderen Verordnungen und anderen Expeditionen zur Ordinarregistrande	210	"
	1016	Nummern
III. bei dem dritten Senat		
a) in dem Extrajudicial-Senat	348	Sachen
b) in dem Leuterungs-Senat	76	"
	424	Sachen
IV. bei dem Plenum	5	"
	3847	Sachen.

§. 6.

Nach der neuesten Bestandsfeststellung besteht das OAG. aus einem Präsidenten, zwei Vicepräsidenten und achtzehn Oberappellationsräthen*). Der dermalige Personalbestand, die Vertheilung in die Senate und die verschiedenen Nebenbranchen einzelner Mitglieder (vergl. §. 4.) erhellen aus folgender Uebersicht**):

*) Dieß, nicht wie anderwärts „Oberappellationsgerichtsräthe" ist der officielle Titel der Räthe des Gerichtshofs.

**) Erklärung der Abkürzungen:

I. S. = erster Senat.
II. S. = zweiter Senat.
III a. S. = dritter Senat als Extrajudicialsenat.
III b. S. = dritter Senat als Leuterungsenat.
StR. = Staatsrath.
StGH. = Staatsgerichtshof.

Präsident:

Dr. Friedrich Albert von Langenn, wirklicher Geheimer Rath, Excellenz; StR. — O., StGH. — Pr., CC. — V., RC. — Pr.

Vicepräsidenten:

Dr. Carl Philipp Heinrich Thierbach; I. S., StGH. — O.
Wilhelm Carl von Ammon; II. S., CC. — StV.

Oberappellationsräthe:

Carl von Salza und Lichtenau; I. S., KM. 1. D, OKG. — O.

Dr. Christoph Gustav Marschner, Geheimer Rath; — mit legislativen Aufträgen betraut, RC. — O., CC. — O.

Dr. Conrad Sickel; II. III b. S., KM. 2. D., OKG.—O.

Ernst Otto Schumann; I. S., StGH.—O., FM. 1. D., PC., IM. 4. D., CC. — St.

Franz Paul Alfred Du Chesne; II. S., FM. 2. D., IM. 3. D., VG. 1. D.

Gustav Friedrich Theodor von König; I. S., CM. 1. D. CC.—St., RC.—O.

Carl Otto von Kyaw; I. S., OKG. 1. D., PC.

Friedrich Wilhelm Raabe; — II. S., CM. 2. D.

Dr. Carl Heinrich Heydenreich; II. S., PC.

Adolph Carl Heinrich von Hartitzsch; I. S., OKG. 2. D.

CC. = Competenzcommission.
PC. = Prüfungscommission.
RC. = Commission zu Revision des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs.
IM. = Ministerium des Innern.
FM. = Ministerium der Finanzen.
KM. = Kriegsministerium.
CM. = Cultusministerium.
VG. = Vicariatsgericht.
OKG. = Oberkriegsgericht.
Pr. = Präsident des, der.
V. = Vorsitzender der.
1. 2. 3. 4. D. erster, zweiter rc. Deputirter zum
O. = ordentliches Mitglied.
St. = Stellvertreter.

Dr. Robert Gotthold Schröder; II. III. a. b. S., FM. 3. D.

Emil Cuno; I. S., PC.

Julius Freiherr von Friesen; I. IIIb. S., JM. 2. D.

Otto von Könneritz; I. IIIa. b. S.

Bernhard Friedrich Gustav Ponath; II. III a. S., JM. 1. D., VG. 2. D.

Georg Siegmann; II. IIIa. b. S., CM. 3. D.

Dr. Karl Magnus Pöschmann; II. IIIa. b. S.

Dr. Herrmann August Sintenis; II. S.

§. 7.

Daß in den Ergebnissen der ordentlichen und außerordentlichen Thätigkeit des OAG., wie solche im §. 2. geschildert worden, Vieles enthalten ist, was für das juristische Publikum, auch soweit es nicht unmittelbar berührt ist, namhaftes Interesse hat, kann nicht bezweifelt werden. Zu officieller Publication gelangt jedoch nach dem in §. 2. II. C. Bemerkten, nur das Resultat der Beschlüsse über Rechtssätze der im Eingang jenes Abschnittes des §. 2. gedachten Art. Die übrigen Resultate werden, abgesehen von den öffentlichen Sitzungen in Strafsachen, an sich nur den in den concreten Fällen thätigen unteren Instanzen und den berührten Parteien, beziehentlich deren Sachwaltern bekannt. Das obgedachte allgemeine Interesse veranlaßte jedoch seit geraumer Zeit, theils die Veröffentlichung von Thesen und Rechtssätzen der Senate in der Form besonderer Abhandlungen Seiten der Mitglieder des OAG. — wie früher des vormaligen Landesappellationsgerichts — in Sammlungen und Journalen, theils die mehr oder minder vollständige und correcte Mittheilung einzelner Entscheidungen in Zeitschriften seiten Dritter. Inzwischen ist, nach dem Vorgange anderer oberster Gerichtshöfe, wiederholt die Idee in dem Collegium angeregt worden, diesen Publicationen, wenn auch selbstverständlich nicht einen officiellen Character,

doch einen gewissen geregelten Gang dadurch zu geben, daß die rechtsprechende Thätigkeit des OAG. in einer besonderen Zeitschrift vertreten erscheint.

Die Ausführung dieser Idee wurde durch die auf Anlaß der Anregung namhafter Sachwalter erfolgte Offerte der Verlagshandlung gezeitigt.

Neben kleineren Abhandlungen zu weiterer wissenschaftlicher Begründung einzelner Rechtssätze und Entscheidungen, wird daher durch gegenwärtige Annalen die fortlaufende Mittheilung der Thesen, Senatsrechtssätze und Entscheidungen unter indirecter Aufsicht und Controle des Präsidii und der Mitglieder des OAG. durch zwei dessen Mittels mit derjenigen Beschleunigung, die ohne Gefährdung des Parteiinteresses thunlich ist, und nach der Richtung bezweckt, daß aus den Urthelsbüchern der verschiedenen Senate dasjenige Material unter der Form von Extracten (s. g. Präjudizien) zu Publication gelange, welches dem präsumtiven Interesse des Richter- und Sachwalter- beziehentlich des Juristenstandes im Allgemeinen insofern entspricht, als nach der Entstehungsgeschichte, — weil z. B. die betreffenden Rechtsgrundsätze auf eigentlichen Thesen des OAG., oder wenigstens auf Rechtssätzen der einzelnen Senate fußen, oder wiederholt zur Anwendung gelangt, oder beziehentlich in der Civilbranche von beiden Civilsenaten gleichmäßig angewendet sind, oder sonst — mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß diese Rechtsdeductionen bei ferner vorkommenden gleichen oder ähnlichen Fällen als Basis der Entscheidung dienen werden.

Nach diesem Plane sind nur das factische Material berührende Beurtheilungen, sowohl insbesondere solche Sätze, auf die, bei anscheinend genereller Fassung das factische Material des concreten Falles einen Einfluß geübt hat, welcher ihnen den Character in der Generalität zu benutzender Präjudize entzieht, endlich aber in der Regel solche Entscheidungen fern zu halten, welche neu auftauchende Fragen und An-

sichten berührend, nach der nur den Mitgliedern der Senate bekannt werdenden Genesis der betreffenden Schlüsse, in Bezug auf die Festhaltung in ferneren Fällen, wo darüber entweder derselbe Senat in anderer Zusammensetzung, oder ein anderer Senat zu cognosciren hat, problematischer Natur sind.

In der Nichtmitgliedern unzugänglichen Kenntniß dieser, wenn auch hier nicht direct zu veröffentlichenden, doch bei der Redaction zu benutzenden Entstehungsgeschichte, wird die Berechtigung des Unternehmens, sowohl in der gewissenhaften und sorgfältigen Benutzung des Materials Seiten der Herausgeber die Basis für das Gedeihen dieser Zeitschrift und für Gewinnung und Erhaltung der Theilnahme des juristischen Publikums zu suchen sein.

Präjudizien.

I. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

1.

In dem Falle der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, ohne freiwillige Mitwirkung Dritter, kann im Zweifel nur auf das id quod interest geklagt werden.

II. Sen.-Erk. vom 18. Jan. 1859. ad no. 484/653 der Registrande von 1858.

Das OAG. befolgt den Grundsatz, daß es eine Klage auf Erfüllung eines Vertrags oder auf eine Leistung, wenn auch der Beklagte an sich rechtlich dazu gehalten sein würde, dann nicht weiter zuläßt, wenn den besondern Umständen nach klar vorliegt, daß dem Beklagten diese Erfüllung oder Leistung ohne freiwillige Mitwirkung dritter Personen unmöglich ist, gestattet vielmehr in solchen Fällen nur einen Anspruch auf das id quod interest. Namentlich hat es an diesem Grundsatze auch in den Fällen festgehalten, wo es sich um die Verschaffung des Natural- oder Civilbesitzes an Immobilien handelte, wenn der Debitor nicht mehr in der Lage war, über das Grundstück zu disponiren; z. B. wenn dasselbe subhastirt oder überhaupt das Civileigenthum an eine dritte, bei dem Streite unbetheiligte Person übergegangen war.

(Zu vergl. die in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 14. S. 515. Bd. 15. S. 71. mitgetheilten Entscheidungen.)

2.

An sich verjährte Forderungen können zu Compensation bei vorhanden gewesener Coexistenz benutzt werden.

II. Sen.=Erk. v. 26. Jan. 1859. ad no. 533/662. von 1858.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Frage: in wiefern an sich verjährte Forderungen, dafern sie vor Eintritt der Verjährung mit anderen um deren Beseitigung durch Compensation es sich handelt, coexistent gewesen, zu diesem Behufe benutzt werden können? wie bereits von der vorigen Instanz des ausführlicheren bemerkt worden, eine in der Theorie auch dermalen streitige ist. Man will diesfalls nur noch auf die Schriften

Dernburgs, die Compensation ꝛc. 1854. S. 439 und
v. Savigny's, System. Bd. V. S. 403.

verweisen.

Inzwischen genügt die Bemerkung, daß das OAG. in neuester Zeit sich für die bejahende Beantwortung jener Fragen entschieden und demgemäß gesprochen hat.

3.

Rechtskräftig aberkannte Forderungen können später nicht zur Compensation benutzt werden.

II. Sen.=Erk. v. 27. Jan. ad no. 535/671. von 1858.

Ist in dem Vorprocesse rechtskräftig erkannt, daß dem jetzigen Beklagten der in demselben klagbar gemachte Anspruch nicht zustehe, indem der nunmehrige Kläger von der wider ihn erhobenen Klage entbunden und losgezählt worden ist, so steht unter den Partheien die rechtliche Nichtexistenz dieses Anspruchs fest, weil alle Bedingungen der exceptio sive replica rei judicatae

l. 12. 13. 14. D. de except. rei jud. (45,2.)

zu dem Belaufe der congruenten Summe vorliegen, mithin dasjenige, was unter den Partheien über dieselbe Rechtsfrage und in Beziehung auf denselben Gegenstand bereits rechtskräftig entschieden ist, für sie als rechtliche Wahrheit zu gelten hat. Der in den Gesetzen erwähnte Fall, in welchem der compensando excipirte, je-

doch von dem Richter übergangene Anspruch demungeachtet noch agendo geltend gemacht werden darf,

l. 8. §. 2. D. de neg. gest. (3,5.)
l. 30. D. de cond. indeb. (12,6.)
l. 7. §. 1. D. de compens. (16,2.)

liegt an sich hier gar nicht vor, wo der zuerst mittelst Klage geltend gemachte aber aberkannte Anspruch nachmals noch das Fundament einer Exception bilden würde. Inzwischen schlägt das Princip, nach welchem die Zulässigkeit anderweiter Ausführung des Compensationsanspruchs in jenen Gesetzstellen beurtheilt wird, je nachdem der Richter die exceptio compensationis ganz übergangen und unbeachtet gelassen, oder geprüft aber verworfen, beziehentlich aus materiellen oder formellen Grunde, wie z. B. wegen Versäumnisses am Beweise aberkannt hat,

von Langenn und Kori Erörterungen: Theil I. Nr. XIX. S. 177. flg.

hier ebenfalls ein. Denn der von den Beklagten klagbar gemachte Anspruch ist nach dem Einverständnisse der Partheien, wie nach dem Inhalte der betreffenden Proceßacten von dem Richter geprüft, für schlüssig befunden und zum Beweise ausgesetzt, nachmals aber aberkannt worden, weil Beklagte an dem ihnen auferlegten Beweise sich versäumt haben. Von einem bloßen Uebergehen jenes Anspruchs Seiten des Richters kann daher eben ebenso wenig die Rede sein, als darauf, daß Beklagte ihres Anspruchs aus einem rein processualischen Grunde verlustig gegangen sind, ein entscheidendes Gewicht gesetzt werden. Die auf rein formellen oder processualischen Grund gestützte richterliche Entscheidung begründet in nicht geringerem Grade rechtliche Wahrheit als diejenige, welche auf materielle rechtliche Gründe basirt ist; in beiden Fällen kann nur durch den Nachweis eines ungerechten richterlichen Ausspruchs die Voraussetzung widerlegt werden, daß das, was vom Richter entschieden worden ist, auch wirkliches oder materielles Recht sei.

Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 94. S. 402. fg.

4.

Gegen den Gütervertreter ist Compensation nur mit vor dem Concursausbruch fälligen, resp. cedirten Forderungen zulässig.

II. Sen.-Erk. v. 25. Jan. 1859. ad no. 583/629. von 1858.

Sowohl nach gemeinem als nach sächsischem Rechte ist es als ein feststehender Grundsatz zu betrachten, daß ein von dem Gütervertreter in Anspruch genommener Schuldner des Cridars nur mit solchen Forderungen an den Gemeinschuldner compensiren kann, welche bereits vor Ausbruch des Concurses gefällig und, insofern die Gegenforderung durch Cession auf ihn übergegangen, auch vor Ausbruch des Creditwesens ihm cedirt gewesen ist. Auch das OAG. ist bei seinen Entscheidungen von dem Grundsatze ausgegangen, daß Cessionen, welche erst nach Ausbruch des Concurses vorgenommen worden, nicht zur Compensation führen sollen; es beweisen dies unter Andern die in

der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N.-F. Bd. VI. S. 367. und Bd. XIII. S. 339.

sowie in

dem Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrgang 1848. S. 6. und 16.

abgedruckten Erkenntnisse aus den Jahren 1846. 1847. und 1853

5.

Die Acceptation einer Cession ist zu vermuthen, wenn der Cessionar die Cessionsurkunde in Händen hat.

II. Sen.-Erk. v. 27. Jan. 1859. ad no. 596/673. von 1858.

Das in der vorigen Instanz erhobene Bedenken, daß aus der gedachten Cessionsurkunde die Annahme der Cession Seiten der Cessionaria nicht erhelle, vermag man nicht zu theilen, indem es eines besonderen desfallsigen Beweises in Fällen, wo Jemand eine von einem Dritten zu seinem Gunsten, wenn schon einseitig, ausgestellte Urkunde in Händen hat und producirt, nicht noch bedürfen kann, vielmehr vorauszusetzen ist, daß der Ausstellung der Urkunde eine deren Inhalt bestimmende Vereinbarung zwischen beiden Theilen vorausgegangen sei.

6.

Wenn der Gläubiger in Folge der mora des Schuldners ein nicht gezahltes genus anderweit anzuschaffen genöthigt ist, so kann er den diesfallsigen Kaufpreis, hinsichtlich dessen Angemessenheit ihm die Präsumtion zur Seite steht, ersetzt verlangen.

II. Sen.-Erk. v. 31. Jan. 1859. ad. no. 604/622. von 1855.

Es ist ein sowohl in der Natur der Sache als durch ausdrückliche Gesetze

vergl. L. 2. §. 8. D. de eo, quod certo loco (13,4.)
L. 1. pr. D. de action. emt. et vend. (19,1.)
L. 13. D. locat. conduct. (19,2.)
L. 19. D. de usur. (22,1.)
L. 13. pr. D. rat. rem hab. (46,8.)

begründeter Grundsatz, daß in allen Fällen, in welchen eine vertragswidrige Handlung vorliegt, nicht allein der dadurch erwachsene positive Schaden, sondern auch der entzogene Gewinn zu ersetzen sei rc.

Diese Regeln gelten, wie die eben angezogenen Gesetze beweisen, auch bei solchen Darlehnen, welche nicht in baarem Gelde, sondern in andern fungibeln Sachen z. E. Getreide, Wein, Ziegelsteinen rc. gegeben waren. Behält man aber diese, auch von dem OAG. wiederholt, unter andern in dem im

Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1853. S. 385. fg.

veröffentlichten Rechtsfalle, zur Geltung gebrachten Grundsätze im Auge, und vergleicht man damit den Inhalt der Klage und das Klaggesuch, so ergiebt sich, daß Kläger, die Wahrheit seines Anführens vorausgesetzt, wenigstens nicht zu viel fordert, wenn er verlangt, daß Beklagter ihm denjenigen Betrag erstatte, welchen er, Kläger, in Folge der von dem Beklagten hinsichtlich der Rückgabe der demselben geliehenen Mauersteine verhangenen mora aufzuwenden genöthigt gewesen ist, um sich eine dem geliehenen Quantum entsprechende Zahl Mauersteine anzuschaffen, denn eben durch die Rückerstattung dieses Kaufpreises soll das Interesse ausgeglichen werden, welches Kläger an der gehörigen Contractserfüllung Seiten des Beklagten gehabt hat.

Eben so wenig kann es der Schlüssigkeit der Klage Eintrag thun, daß Kläger in Bezug auf die Güte und Preiswürdigkeit der nach Eintritt der mora des Beklagten anderwärts gekauften Ziegel nähere Angaben nicht gemacht hat, denn auch in dieser Hinsicht hat er die Präsumtion für sich, daß die gekauften Ziegel mittler Qualität gewesen seien, und daß er sie nicht theurer bezahlt haben werde, als wofür sie damals zu erlangen gewesen. In der That hat auch Beklagter nirgends excipirt, daß die vom Kläger gekauften Ziegel von einer besseren Qualität gewesen seien als diejenigen, welche er, Beklagter, selbst in seiner Ziegelei brennt, oder, daß der Preis, welchen Kläger dafür bezahlet, im Verhältniß zu den Preisen, für welche sie damals in dortiger Gegend zu haben gewesen, ein zu hoher sei.

7.

Wenn in Folge der durch Ausstellung von Wechseln zu dem Zwecke der Erfüllung einer früheren Verbindlichkeit herbeigeführten Novation letztere erlischt, so fallen auch im Zweifel die für solche bestellten Pfandrechte und geleisteten Bürgschaften hinweg.

III. Sen.-Erk. v. 12. Febr. 1859. ad no. 53/56. von 1858.

Wie bereits in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse der dritten Instanz ausgesprochen worden, hat das OAG. die Meinung angenommen und constant befolgt, daß durch die zum Zwecke der Erfüllung einer früheren Verbindlichkeit erfolgte Ausstellung oder Begebung oder Acceptation eines Wechsels jene frühere Verbindlichkeit, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich zwischen den Partheien bestimmt werde, erlischt. Es liegt eine privative Novation vor. Eine solche Novation hat nun aber bekannten Rechten nach die fernere Wirkung, daß nicht nur die alte Verbindlichkeit, sondern auch alle Accessionen derselben in Wegfall kommen. Insbesondere gilt dies von den für die ursprüngliche Schuld bestellten Pfandrechten und geleisteten Bürgschaften.

§. 3. Inst. quib. mod. toll. obl. (3,30.)

l. 11. §. 1. D. de pign. act. (13,7.)

l. 18. D. de nov. et del. (46,2.)

l. 4. Cod. de fidejuss. & mand. (8,41.)

Was nun den gegenwärtigen Fall anlangt, so ist die dem Schneidermeister R. den Klägern gegenüber aus einem Waarenkaufe ursprünglich obliegende Verbindlichkeit dadurch, daß R. denselben nach Ablauf der ihm gesetzten Zahlungsfrist den der Klage unter Aa. im Originale beiliegenden Propre-Wechsel aushändigte, welchen die Kläger auch weiter begeben haben, aufgehoben worden. Mit dem Erlöschen der Schuld aus dem Kaufe erlosch auch die Bürgschaft des Beklagten, welcher in dem Briefe A. für die Bezahlung der etwa Seiten des R. zu bestellenden Waaren zu gehöriger Zeit gut gesagt hatte. Wenn daher die Kläger dessenungeachtet den Beklagten noch ihnen gegenüber für verhaftet darstellen wollten, so mußten sie in der Klage auf Gründe Bezug nehmen, warum er trotz der eingetretenen Novation ihnen noch verhaftet sei.

l. 4. C. de fidejuss. & mand. (8,41.)

8.

Die aus der Seiten des Gläubigers an den Schuldner bewirkten Rückgabe der Schuldverschreibung oder aus der Durchstreichung der letzteren fließende Vermuthung für die Tilgung der Schuld erledigt sich, wenn erhellt, daß jenes in Folge Berechnung und gegen Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung über den berechneten Schuldrest geschehen. Auch ist hierin keine Novation zu erblicken und wird der Bürge nicht frei.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad. no. 665/731. von 1858.

Hat der Gläubiger die Schuldverschreibung an den Schuldner zurückgegeben, oder hat er dieselbe ganz oder in ihren wesentlichen Theilen durchstrichen oder zerrissen, so begründet dies an sich allerdings eine Vermuthung dafür, daß die verschriebene Schuld nicht mehr bestehe, sondern auf irgend eine Weise getilgt sei, und deshalb hat der Gläubiger, welcher das Gegentheil behauptet, den Beweis des Fortbestehens der Schuld zu führen.

L. 2. §. 1. D. de pactis. (22,3.) „Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.“

L. 24. D. de probat. et praesumt. (22,3.) „Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur."

Jene Präsumtion wird jedoch vollständig entkräftet, sobald bei Rückgabe oder beim Durchstreichen des Schulddocumentes der Gläubiger mit seinem Schuldner sich berechnet, dabei unter beiderseitigem Einverständnisse ein gewisser Schuldrückstand sich ergeben und über diesen Schuldrest der Schuldner dem Gläubiger ein neues Schuldbekenntniß ausgestellt hat. Dies aber ist, wie aus den Bl. hervorgehobenen Zugeständnissen des Beklagten sich ergiebt, im vorliegen Falle geschehen. Nun will zwar Beklagter hier eine Novation, durch welche die ursprüngliche Verbindlichkeit des Schuldners ganz aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt worden, also auch die rücksichtlich des ursprünglichen Schuldbetrags übernommene bürgschaftliche Obligation erloschen sei, um deswillen angenommen wissen, weil mit dem Ausstellen der neuen Schuldverschreibung die Rückgabe des älteren Documents verbunden worden sei. Allein die Absicht, die frühere Verbindlichkeit aufzuheben (der animus novandi), welche nach bekannten gesetzlichen Bestimmungen

L. ult. C. de novat. (8,42.)

Dec. 66. v. J. 1661.

nicht zu präsumiren ist, sondern ausdrücklich erklärt oder doch sonst aus den Umständen klar erkennbar sein muß,

vergl. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts Bd. II. §. 247.

Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandecten, Theil II. §. 475. Not. 14.

Puchta, Pandecten §. 291. Not. h. S. 440. (der 8. Aufl.)

Dessen Vorlesungen Theil II. S. 141.

Löhr, im Magazin Bd. IV. Nr. 3.

Kind, quaest. for. Tom IV. Cap. 53. pag. 279 fg. (der 2. Ausgabe.)

Gottschalck, Annal. jur. Saxon. Cap. XII. pag. 281. fg.

Fein, Beitrag zur Lehre von der Novation und Delegation (Jena 1850.) §. 11. S. 28. fg.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts Bd. III. (Leipzig 1854.) S. 294. flg.

ist noch keineswegs erkennbar, wenn in einem Falle, wie dem hier in Frage stehenden, wo die in dem älteren Documente verschriebene Schuld durch Zahlungen sich gemindert hatte, gegen Rückgabe dieses Documentes über den verbliebenen Schuldrückstand eine neue Verschreibung ausgestellt wird. Denn das Document ist nur Beweismittel, und deshalb läßt sich aus jenen Handlungen nichts als das gegenseitige Einverständniß entnehmen, daß die frühere Schuld bis auf den im neuen Documente verschriebenen Betrag getilgt sei, hinsichtlich dieses Betrages aber unverändert fortbestehe. Die von dem Beklagten zur Unterstützung seiner Ansicht angezogene Stelle aus Curtius Handbuch §. 1658. spricht nur scheinbar für ihn. Der ebengenannte Schriftsteller berührt a. a. O., nachdem er in den vorhergehenden §§. sich dahin geäußert hatte, daß die Novation besonders dadurch geschehe, daß an die Stelle des vorigen Verpflichtungsgrundes ein neuer gesetzt werde, die Frage, ob eine Novation auch, ohne daß der Verpflichtungsgrund geändert werde, geschehen könne, und er statuirt diese Möglichkeit insofern, als man den Anfang der Schuld weiter heraussetze, jedoch, unter Berufung auf *Leyser* medit. ad pand. spec. 526. med. 9. mit der Bemerkung, daß das bloße Ausstellen einer neuen Schuldverschreibung diese Wirkung zwar an sich nicht habe, wohl aber, wenn sie mit Rückgabe oder Vernichtung der alten Documente verbunden sei. Schon hieraus ersieht man, daß der Fall, welchen Curtius im Auge gehabt hat, ein ganz anderer als der hier vorliegende ist. Noch klarer aber tritt dies hervor, wenn man damit das von Leyser a. a O. Gesagte und die von diesem dort angeführten Beispiele vergleicht, denn dort wird des Falles gedacht, wenn der Gläubiger statt des älteren Wechsels ein neues Wechseldocument oder an die Stelle einer älteren Pfandverschreibung eine neue dergleichen von seinem Schuldner annimmt, oder wenn er statt des ihm von seinem verstorbenen Schuldner ausgestellt gewesenen Schulddocumentes von den Erben des Debitors ein neues Schuldbekenntniß sich ausstellen läßt. Hier aber handelt es sich weder um einen Wechsel, noch um eine Pfandverschreibung, noch um die Schuld eines Erblassers, sondern es ist

nur an die Stelle des älteren einfachen Schulddocuments über den Rest der Schuld eine einfache Schuldverschreibung des ursprünglichen Schuldners getreten. Unter diesen Umständen bedarf es nicht einmal eines näheren Eingehens auf die Frage, ob, in wie weit und unter welchen Voraussetzungen in den von Leyser gegebenen Beispielen eine Novation mit Recht sich annehmen lasse, vielmehr will man hierunter nur noch soviel bemerken, daß allerdings dann, wenn eine Wechselschuld in Frage steht, und der Schuldner gegen Rückempfang des ältern dem Gläubiger einen neuen Wechsel ausstellt, auch das OAG. eine Novation annimmt und zwar um deswillen, weil der Wechsel nicht bloses Beweismittel, sondern eine zur Vertretung baarer Zahlung zwischen dem Geber und Empfänger geeignete Urkunde ist, also als Zahlungsmittel erscheint.

vergl. u. A. die in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 13. S. 336. u. Bd. 16. S. 452. flg. abgedruckten Präjudice.

9.

Unbekanntschaft mit dem Rechte, dem die Verjährung droht, hemmt deren Lauf nicht.

II. Sen.-Erk. v. 13. Jan. 1839. ad no. 516/637. von 1858.

Daß die Verjährung den Klägern nicht laufen könne, weil sie vorgeblich über die ihnen zuständigen Rechte in Unkenntniß gewesen, ist eine unbegründete Meinung, und genügt hierunter die Verweisung auf

Unterholzner ausf. Entwurf der gesammten Verjährungslehre §. 88. in fine Thl. I. S. 291. verbis: die Unbekanntschaft mit dem Rechte, dem die Verjährung droht, kann natürlich ebenso wenig wie die Abwesenheit den Lauf der Verjährung hemmen.

10.

Merkmale eines Schuldbekenntnisses in dem Sinne des §. 5. sub f. resp. §. 7. des Ges. vom 23. Juli 1846. die kurze Verjährung betr. Der Beweis der Ausstellung kann durch Eidesantrag geführt werden.

II. Sen.=Erk. v. 26. Jan. 1859. ad no. 533/662. von 1858.

Man vermag nicht die von voriger Instanz (AG. Zwickau) entwickelten Ansichten zu theilen, daß

a) die Urkunde Bl. nicht ein Schuldbekenntniß in dem Sinne des §. 5. sub f. resp. §. 7. jenes Gesetzes,

b) durch Ausstellung derselben die kurze Verjährung nicht erledigt, und

c) der Beweis dessen nicht durch Eidesantrag zu erbringen sei. Denn

ad a) kann eine Urkunde, worin Jemand bekennt, speciell aufgeführte Beträge baar und an Kaufgeld von einem Andern erborgt zu haben, an sich nur als ein Schuldschein gelten, da das Bekenntkenntniß als Darlehn empfangen, resp. rückständigen Kaufpreis als Darlehn innenbehalten zu haben, worauf jene Ausdrucksweise hinführt, bis zu dem Nachweise einer Exception das Schuldigsein und die Verbindlichkeit zur Rückzahlung involvirt. Es ist daher jenes Document als ein guarentigiatum anzusehen und der in dem Vorprocesse entwickelten Ansicht nicht beizupflichten. Auch kann die Rechtskraft des dort gesprochenen Bescheids in Betreff der Verjährungsfrage dermalen ein Präjudiz nicht abgeben, weil diese dabei unberührt geblieben ist. Daher erscheint zugleich

ad b) durch Ausstellung jenes Schuldscheins die Berufung auf die kurze Verjährung ausgeschlossen. Wenn aber

ad c) schon durch Ausstellung eines Schuldscheins nicht allein die Unterbrechung, sondern nach §. 6. in fine jct. 7. sogar die Ausschließung der kurzen Verjährung erfolgt, so genügt es eben, wenn constatirt wird, daß ein Document geeigneten Inhalts ausgestellt ist. Daß aber zu Herstellung diesfallsiger Gewißheit nur die Production dieser Urkunde im Originale geeignet sei, ist im Gesetze nirgends vorgeschrieben und empfiehlt sich die Annahme dieser An=

sicht um so weniger, als sie offenbar zu processualischen Weiterungen führt.

11.

Die sog. 30tägige Verjährung der Quittungen (L. 14. §. 2. C. d. n. n. p. IV. 30.) findet nicht Anwendung, wenn bei deren Ausstellung Fortdauer des Forderungsrechtes bedungen wird.

II. Sen.-Erk. v. 15. Febr. 1859. ad no. 686/715. von 1858.

Nach der Ansicht des OAG. ist vorliegend einer der Fälle, in welchen die geleistete Quittung, ungeachtet der innerhalb der 30 Tage unterbliebenen Denunciation, für unschädlich zu erachten, in der That vorhanden. Denn Kläger hat sich in der erhobenen Klage ausdrücklich darauf bezogen, daß er den Empfang der betreffenden 300 Thaler Kaufgeld bei der gerichtlichen Vortragung des zwischen ihm und Beklagtem abgeschlossenen Kaufes, obwohl er Zahlung nicht erhalten, blos bekannt habe, nachdem ihm Beklagter vor Leistung dieser Quittung das seinerseits ausdrücklich acceptirte Versprechen gegeben gehabt, *der Quittung ungeachtet* ihm den gedachten Betrag zu bezahlen und ihm zu seiner mehreren Sicherheit eine gerichtlich recognoscirte Schuldverschreibung auszustellen. Man hat hierin allerdings ein ausdrückliches Uebereinkommen zu erblicken, daß die Quittungsleistung dem Kläger nicht präjudiciren, bezüglich zum Beweis der geleisteten Zahlung gegen ihn nicht wirksam sein solle, und Kläger war hiernach um so weniger in dem Falle, die Quittung vor Ablauf der 30 Tage zu revociren, als außerdem der Zweck, welchen beide Theile mit diesem Uebereinkommen verbanden, daß nämlich formell und nach außen hin der betreffende Kaufgelderrest getilgt erscheinen sollte, ohne gleichwohl das Forderungsrecht Klägers zu beeinträchtigen, vereitelt worden sein würde. Die Geltendmachung der Quittung Seiten des Beklagten gegen den Anspruch Klägers würde vielmehr unter diesen Umständen geradehin auf einen dolus hinauslaufen, da als Motiv der Quittungsleistung in der Klage deutlich genug das Versprechen des Beklagten, derselben ungeachtet die schuldige Zahlung zu leisten, auch diese Verbindlichkeit durch eine noch auszustellende Schuldverschreibung anzuerkennen, bezeichnet worden ist.

12.

Zu Begründung der actio venditi bedarf es der Bezugnahme auf die Naturalübergabe nicht, wenn des Käufers Eintrag liquid ist.

II. Sen.-Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 796/689. von 1858.

Die von der zweiten Instanz (AG. Leipzig) geltend gemachte Meinung, daß es in dem vorliegenden Falle einer besonderen Bezugnahme darauf, daß die Naturalübergabe des verkauften Grundstücks an den Beklagten erfolgt sei, nicht bedurft habe, da Beklagter bereits unter dem 15. Aug. 1856. als Civileigenthümer im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sei, ist auch von dem OAG. wiederholt ausgesprochen worden, und es hat letzteres namentlich in dem Bl. angezogenen, im

Wochenblatt f. merkw. Rf. Jahrg. 1858. S. 113 fg.

veröffentlichten Rechtsfalle die Gründe für diese Meinung ausführlich dargelegt.

12.

Abgesehen von dem Falle geleisteter Garantie oder des dolus, kann die actio emti gleich der redhibitoria nur wegen zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandener Cardinalfehler angestellt werden. — Brandige Darmentzündung fällt nicht unter den Begriff der Hartschlägigkeit.

II. Sen.-Erk. v. 8. Febr. 1859. ad no. 682/699. von 1858.

Nach der speciellen Bestimmung des sächs. Rechts über den Pferdehandel kommt, außer den nach Inhalt der Klage gegenwärtig nicht in Frage stehenden Fällen einer besonders angelobten Garantie oder eines vom Verkäufer verhangenen dolus, darauf, daß das Thier bereits zur Zeit des Handelsabschlusses krank gewesen, etwas nicht an, sobald die Krankheit nicht zu den sogenannten Cardinalfehlern gehört, wozu gesetzlich nur die Staarblindheit, die Stätigkeit, die Hartschlägigkeit und nach dem Gerichtsbrauche die bösartige Rotzkrankheit zu rechnen, und es ist hierbei ganz einflußlos, ob wegen des betreffenden Fehlers von dem Käufer die Contractsklage ex emto oder die aedilische actio redhibitoria angestellt worden.

vergl. Curtius, Handbuch des Sächs. Civilrechts. III. Theil. §. 1294.

Hinsichtlich der Krankheit, an welcher das von Klägern dem Beklagten am 9. März 1857. abgekaufte Pferd bereits zwei Tage nachher umgestanden ist, läßt sich nun aber allerdings nicht behaupten, daß sie in die eine oder die andere der obigen Kategorien gehöre. Denn wenn schon das der Klage beigefügte thierärztliche Zeugniß am Schlusse unter andern auch erwähnt, daß diese Krankheit beziehentlich von Lungenverhärtungen bedingt gewesen sei, so kann daraus doch um so weniger mit Sicherheit gefolgert werden, daß das betreffende Pferd zur Zeit des Handelsabschlusses mit dem unter dem Namen der Harischlägigkeit bezeichneten Lungenübel behaftet gewesen und in dessen Folge verendet sei, als die eigentliche Todesursache von dem attestirenden Thierarzte vielmehr einer brandigen Darmentzündung beigemessen wird.

14.

Hat der locator operarum die Ausübung des Retentionsrechtes wegen des Lohnes an denjenigen Sachen des conductor, hinsichtlich deren es verdient worden, unterlassen, so kann er solches wegen jenes Lohnes nicht an anderweit ihm zur Vorrichtung übergebenen Gegenständen ausüben.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad no. 749/714. von 1858.

Das gesetzliche Retentionsrecht für eine Forderung, die der Dententor gegen denjenigen hat, welcher die Herausgabe eines Gegenstandes von ihm verlangt, ist nur dann für begründet zu achten, wenn der Anspruch des ersteren mit diesem Gegenstande in einer sachlichen Beziehung steht.

Curtius, Handbuch. Thl. 2. Abth. 1. §. 477. Ausg. 4.

Lenz in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 9. S. 377. flg.

Beklagter würde daher zur Ausübung dieses von ihm geltend gemachten Rechtes blos befugt erscheinen, wenn zwischen seinen Forderungen und der in der Klage bezeichneten Quantität Leinwand, welche er zurückbehalten will, eine solche Verbindung wirklich stattfände, wie es unter andern unzweifelhaft in dem Falle anzunehmen

wäre, wenn auf diese Leinwand von ihm nothwendige Kosten verwendet oder in Ansehung derselben Dienste oder Handlungen geleistet worden sein sollten. Zieht man nun aber dasjenige in nähere Erwägung, was von Beklagten über die zwischen ihm und Klägern bestandene Geschäftsverbindung und die von ersterem daraus abgeleiteten Ansprüche angeführt worden, so hat man auch gegenwärtig die Existenz einer solchen Connexität in Bezug auf das behauptete Recht mit der vorigen Instanz zu verneinen gehabt. Beklagter hat zwar die Ansicht des Bescheides durch Verweisung auf die Sachdarstellung in seiner Einlassung und die hinsichtlich der Zahlung des Mandellohnes unter den Parteien getroffenen Bestimmungen zu rechtfertigen gesucht; allein durch das, was derselbe Bl. vorgebracht, daß Kläger ihm von Zeit zu Zeit Quantitäten Leinwand zur Bearbeitung übergeben, und daß dafür ein gewisses Mandellohn zu entrichten gewesen sei, sowie dadurch, daß Beklagter solches als ein vereinbartes bezeichnet, wird dem obigen Erforderniße eines Retentionsrechtes für den vorliegenden Fall keineswegs genügt. Denn auch angenommen, daß ein Contractsverhältniß der Art unter den Parteien wirklich bestanden, daß das Mandellohn ein für allemal vertragsmäßig festgesetzt gewesen wäre, so würde daraus so unbedingt noch immer nicht folgen, daß Beklagter nach Ablieferung der ihm zur Bearbeitung übergeben gewesenen Quantitäten Leinwand, an welchen er wegen des dafür rückständig gebliebenen Lohnes ein Retentionsrecht nicht geltend gemacht hatte, deshalb an einer ihm später zu gleichem Zwecke zugesendeten Quantität Leinwand solches auszuüben befugt erscheine.

15.

Die Vereinbarung der Mitglieder eines nicht confirmirten Vereins sich mit Ausschluß des Proceßwegs der Entscheidung der Generalversammlung zu unterwerfen ist als ein Compromiß in arbitrium der Mitcontrahenten unwirksam.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad no. 680/733. von 1858.

Beklager folgert (aus §§. der Statuten des nicht als juristische Person von dem Staate anerkannten, von ihm vertretenen Vereins) daß Kläger, nachdem dessen Anspruch, wie in der Klage von ihm

selbst angeführt und unter Beibringung des betreffenden Notariats-protokolls näher nachgewiesen worden, in einer Generalversammlung des Vereins zum Vortrage gekommen und in derselben durch Stimmenmehrheit abfällig darüber entschieden worden sei, sich dabei schlechterdings beruhigen müsse und der Proceßweg gegen den Verein von ihm gar nicht habe betreten werden dürfen.

Mit vollem Rechte ist jedoch in der vorigen Instanz hiergegen eingehalten worden, daß ein Compromiß in arbitrium, wie es solchem nach vorliegen würde, mit rechtsverbindlicher Wirkung nicht dergestalt eingegangen werden könne, daß der arbiter, welcher entscheiden soll, der Schuldner oder der Mitcontrahent selbst sei. Die Ungültigkeit eines derartigen Uebereinkommens ist in den Bl. angeführten Gesetzstellen*), denen noch

l. 17. D. de verb. oblig.

beizufügen, auf das Unzweideutigste ausgesprochen, und da der betreffende Verein von Seiten der competenten Staatsbehörden nicht als juristische Person anerkannt, derselbe mithin allerdings als bloße Privatgesellschaft zu betrachten ist, so läßt sich nur um so weniger bezweifeln, daß die Statuten desselben lediglich nach den Grundsätzen des Privatrechts beurtheilt und insoweit sie diesen widerstreiten, als verbindliche Norm nicht anerkannt werden können.

16.

Anfechtung eines Vergleichs mit der actio quod metus causa oder der condictio ob turpem causam**).

II. Sen.-Erk. vom 25. Jan. 1859. ad no. 650/661. von 1858.

In beiden Briefen ist also wenigstens die jetzt in Rede stehende Entschädigungssumme gar nicht erwähnt und unter irgend einer Androhung gefordert worden. Aber wenn dem auch nicht so und schon

---

*) L. 51. D. de recept. qui arbit. rec. ut sent. dic. (IV. 8.)
L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.)
L. 7. pr. D. de contr. emt. (XVIII. 2.)

**) Ein Vergleich zwischen Verkäufer und Käufer, dahin gehend, daß Ersterer dem Letzteren wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Waare eine Entschädigung zu gewähren habe, war von Jenem mit der actio quod metus causa oder der condictio ob turpem causam um deswillen anzufechten versucht worden, weil dieser einen Brief vor Abschluß des

damals eine Geldentschädigung gefordert worden wäre, würde weder die in dem Briefe vom 6. März 1857. noch die in der Klage enthaltene Aeußerung die geforderte Rescission des später abgeschlossenen Vergleiches rechtfertigen. Nach den bekannten Vorschriften des römischen Rechts

l. 5. 6. D. quod metus causa etc. 4. 2.

c. 9. C. de his, quae vi, metusve causa etc. 2. 20.

ist zur Begründung der actio quod metus causa die widerrechtliche Bedrohung mit einem bedeutenderen, nahe bevorstehenden, von der Macht des Bedrohenden abhängenden Uebel, welche auch auf einen gesetzten Menschen Eindruck machen und eine gegründete Furcht erregen kann, erforderlich. Die Bedrohung mit solchen Handlungen, welche möglicherweise und künftig dem Credit oder Vermögen nachtheilig werden können, sind, wie bereits von der vorigen Instanz bemerkt worden ist, in der Regel nicht dahin zu rechnen.

vergl. l. 7. D. hoc tit. c. 9. 10. C. hoc tit.

Savigny, System d. röm. Rechts Th. 3. §. 114. S. 105. fg.

Schweppe, römisches Privatrecht. §. 994.

Thibaut, System. §. 378. ed. 9.

Die hier zur Beurtheilung vorliegende Aeußerung des Beklagten läßt an sich nicht einmal die Absicht erkennen, den Hergang der Sache auf Kosten und zum Nachtheil des Klägers zu entstellen und ihn in dieser entstellten Weise dem Fabriktreibenden Publikum bekannt zu machen; es liegt darin nur die Intention der Beklagten, die entstandene Differenz der Wahrheit gemäß ihren Collegen zur Berücksichtigung in ihrem Interesse mitzutheilen, und wenn diese Mittheilung in einer angemessenen Form erfolgt, so war sie an sich nicht unerlaubt, am wenigsten, wenn die Beklagten — worauf die Worte in dem Briefe vom 6. März 1857. „zur Beurtheilung" hinzudeuten scheinen, zugleich auch den Zweck gehabt haben sollten, sich selbst noch durch das Urtheil anderer sachkundiger Personen über

---

Vergleichs, wo er Austausch der Waare proponirt, also geschlossen: „übrigens werden wir Sorge tragen, unsern Collegen diesen Fall in ihrem Interesse sowohl wie zur Beurtheilung zur Kenntniß zu bringen" und auf ablehnende Antwort jenen Austausch anderweit mit dem Zusatz urgirt hatte: „daß wenn (Kläger) sich dessen weigere, der Fall eintrete, den sie nach ihrem letzten Briefe eintreten lassen müssen."

die Rechtmäßigkeit ihrer Ansprüche zu vergewissern. Die Ausführung dieses Vorhabens hätte allerdings auf den Credit und den Geschäftsverkehr des Klägers möglicherweise einen nachtheiligen Einfluß äußern können: die Furcht vor diesem im Wesen nur pecuniären Verluste aber kann, wenigstens ohne Hinzutritt ganz besonderer Umstände, nach obigem einen metus justus nicht begründen.

Auf die Bestimmungen des Sächs. Strafges.-Buchs Art. 282. über das Verbrechen der Erpressung vermag sich der Kläger ebenfalls mit Erfolg nicht zu beziehen.

Denn einestheils gehört zum Thatbestande der Erpressung die Absicht, einen widerrechtlichen Gewinn zu erlangen, und anderntheils würde selbst nach Art. 282. nicht jede Mäßregel, welche möglicherweise eine üble Folge für den Bedrohten haben kann, als ein Nachtheil im Sinne des Art. 282. anzusehen sein.

Aus dem Gesichtspuncte einer condictio ob turpem causam endlich konnte die gegenwärtige Klage eben nicht aufrecht erhalten werden, weil es derselben an aller factischen Begründung der Behauptung fehlen würde, daß die Beklagten die libellirte Vergleichssumme aus einem unsittlichen Grunde, oder zu einem unsittlichen Zwecke empfangen hätten.

17.

Zu schlüssiger Begründung der Klage des Verlegers eines in Lieferungen erscheinenden literarischen (Kunst-) Werkes gegen den Subscribenten auf Abnahme bedarf es der für das gewählte Beweismittel geeigneten Bezugnahme auf prospectmäßige Lieferung.

II. Sen.-Erk. v. 1. Febr. 1859. ad no. 728/876. von 1858.

Nach Bl. steht zwar fest, daß der Beklagte auf das vom Kläger nach Maasgabe des der Klage sub A. beigefügten Prospectes in einzelnen Heften herauszugebende artistische und historische Werk subscribirt hat. Es herrscht ferner unter den Partheien darüber Einverständniß, daß der Beklagte die zuerst erschienenen 35 Hefte gegen Bezahlung von 1 Thaler pro Heft abgenommen, dagegen von da ab die nachher erschienenen Hefte anzunehmen und zu bezahlen sich geweigert hat.

Ohne daß nun Kläger näher angeführt, wie viel Hefte nach-

der erschienen, oder doch vom Beklagten nicht angenommen worden, und was der Gegenstand der betreffenden Hefte gewesen, verlangt Kläger eine Verurtheilung des Beklagten:

> daß er den beregten Subscriptionsvertrag zu erfüllen, demach die in dessen 5 Sectionen erscheinenden Hefte à 4 Blätter von und mit dem 36. Hefte ab bis zu Beendigung des Werkes gegen Gewährung von 1 Thlr. pro Heft dem Kläger abzunehmen verbunden sei.

Wollte man hierinnen blos das einfache Verlangen des Klägers erblicken, daß der Beklagte den beregten Subscriptionsvertrag anzuerkennen verbunden sei, so würde dem zu entsprechen um so weniger etwas entgegenstehen, als der Beklagte nach Obigem das Abschließen des Subscriptionsvertrages eingeräumt hat, und auch nach der Bemerkung zum 34. Einlassungspuncte die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten an sich nicht verweigert.

Es konnte daher allerdings, da Beklagter sonach zur Erfüllung des Subscriptionsvertrags verpflichtet ist, ausgesprochen werden, daß es bei dieser Erklärung des Beklagten zu bewenden habe.

Allein damit ist die klägerische Intention nicht erledigt. Denn während auf der Seite des Beklagten die Verbindlichkeit zur reellen Erfüllung des Vertrages d. h. zur Bezahlung des Subscriptionspreises für die einzelnen Hefte nur gegen die Erfüllung auf Seiten des Klägers, d. h. gegen Lieferung der einzelnen Hefte nach Maasgabe des Prospectes eintritt, beansprucht Kläger, daß jenes Bekenntniß zu einer Verurtheilung des Beklagten führen soll, wonach dieser gegen das blose Anführen:

> es seien so und so viel Hefte erschienen, und den Subscribenten offerirt worden, im Executionsverfahren zur Bezahlung des entsprechenden Subscriptionsbetrages angehalten werden soll.

Diese Intention ist von dem Kläger nicht blos in dem petito klar ausgesprochen, sondern von ihm noch neuerdings, wo er das Urthel voriger Instanz für rechtskräftig angesehen, dadurch beurkundet worden, daß er für angeblich neuerdings erschienene 63 Hefte gegen den Beklagten die executivische Einziehung eines Betrages von 63 Thalern sammt Kosten beantragt hat.

Allein ein solches Verlangen hat in jetziger Instanz nicht für gerechtfertigt erachtet werden können.

Schon eine auf Grund des obigen Bekenntnisses des Beklagten ausgesprochene Verurtheilung könnte nur eine hypothetische sein.

Denn bei der Zweiseitigkeit des Vertrages könnte dem Beklagten nur eine Erfüllung unter der Bedingung, daß der Kläger seinerseits nach Maasgabe des Prospectes liefere, auferlegt werden. Dies würde aber eine sententia incerta in sich begreifen, weil dann bei jeder einzelnen Lieferung des Klägers in Frage kommen würde, und zur Entscheidung gebracht werden müßte: ob der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe.

Die Gegenleistung des Klägers besteht nämlich in Folge des Subscriptionsvertrages nicht in der Herausgabe einer bereits vorhandenen bestimmten beweglichen Sache, über deren körperliche Beschaffenheit oder geistigen Werth bereits die Cognition verstattet gewesen, und deren Begriff nach Form oder Inhalt bereits zur Existenz gelangt ist, sondern in der Erschaffung eines künftig erst zu erzeugenden Kunstwerkes. Solche Werke der Kunst und Wissenschaft lassen sich aber nicht wie vertretbare Gegenstände, wo Ablieferung für das zu zahlende Kaufgeld, Zug um Zug, angeordnet werden kann, bemessen, weil sie eben nicht, wie letztere, nach Maas oder Gewicht, sondern nach ihrem künstlerischen und geistigen Werth oder Inhalt zur Abschätzung gelangen. Eine Gegenleistung, welche in der Hervorbringung eines zugesicherten Kunstwerkes besteht, ist daher auch dann erst vorhanden, wenn wirklich ein Werk der Kunst geliefert worden ist, mit andern Worten, das producirte Werk den, eintretenden Falls durch Kunstverständiger Ermessen festzustellenden, Kunstwerth, wie er im concreten Falle nach den angegebenen Zusicherungen billiger Weise erwartet werden kann, wirklich hat. Es würde außerdem ein gewissenloser Speculant in der Lage sein, seine den Subscriptionsvertrag anerkennenden Subscribenten, nachdem er ihnen jedes beliebige quid pro quo unter einer entsprechenden Bezeichnung geboten, ein Executionsverfahren zur Bezahlung des Subscriptionspreises anhalten zu können, während doch der Subscribent eben nur in der Erwartung und unter der mittelst Eingehung des Subscriptionsvertrags ausdrücklich erklärten Bedingung, daß das bestellte

Kunstwerk den gegebenen Zusicherungen entsprechen werde, sich zu einer Bezahlung verbindlich gemacht hat. Hieraus folgt von selbst, daß der Subscribent zu Bezahlung der einzelnen Hefte nicht eher, als bis ihm die Gelegenheit verschafft worden, die Beschaffenheit und den Werth der ihm zugesendeten Hefte zu prüfen, verbindlich wird, und daß deshalb im vorliegenden Falle es eine völlige Rechtsungleichheit enthalten würde, wenn der Kläger, wie geschehen, mit dem blosen Anführen, daß er neuerdings 63 Hefte fertigen lassen und zu deren Abgabe an Beklagten erbötig sei, die executivische Einziehung von 63 Thaler vom Beklagten verlangen könnte und dieser zur Bezahlung verbunden wäre, ohne daß ihm verstattet wäre, zu prüfen, ob die einzelnen Lieferungen der vom Kläger contractlich übernommenen Zusage entsprechen, ob er etwa wegen Contractwidrigkeit in der Leistung die Annahme ganz zu verweigern oder den Preis zu mindern befugt sei.

Und allerdings ist gerade im gegenwärtigen Falle für den Subscribenten auch die Prüfung und Annahme der einzelnen Hefte von Wichtigkeit, da ihm nach dem Prospect sub A. zugesichert ist, daß ihm nicht blos einzelne gute oder halbgute Blätter geliefert werden sollen, sondern das Ganze ein Prachtwerk sein soll, mithin die gegebene Zusicherung schon dann nicht erfüllt wird, wenn einzelne Hefte hinter dem zugesicherten Kunstwerth zurückbleiben, und solchenfalls die für den Subscribenten bei Eingehung des Vertrags maaßgebend gewesene Zusicherung, daß das Ganze ein Prachtwerk sein soll, nicht erfüllt wird.

Es würde sich unter diesen Umständen sogar haben fragen können, ob nicht wenigstens als Einrede des nicht erfüllten Vertrages schon die Behauptung:

> Daß bereits ein Theil des Gelieferten keineswegs den zugesicherten Kunstwerth habe und daher die Herstellung eines Ganzen als Prachtwerk ausgeschlossen sei,

genügt haben würde und zum Beweis hätte nachgelassen werden können.

Inzwischen verüberflüssigt sich das weitere Eingehen auf diese Frage, weil der Kläger, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe, auch in Betreff derjenigen Hefte, deren Annahme der Beklagte ver-

weigert hat, nicht mit der für den Eidesantrag erforderlichen Bestimmtheit behauptet hat.

Zunächst ist nämlich darauf zurückzuweisen, daß eine Klage, worin wider den Subscribenten auf Erfüllung des Vertrages geklagt wird, nur in Betreff solcher einzelner Hefte, deren Annahme der Beklagte verweigert, eine rechtliche Wirkung haben kann; und diese letztere auch dann nur, wenn soviel Thatsächliches vorgeführt ist, daß ermessen oder auf Kunstverständiger Ermessen gestellt werden kann: ob der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe.

Diesen Bedingungen entspricht aber die Klage, welche sich mit der Bemerkung begnügt:

> daß Beklagter sich vom 35. Heft ab geweigert habe, „die nachher erschienenen Hefte anzunehmen"

keineswegs.

Denn es fehlt hierbei die Angabe, daß Kläger dem Beklagten Hefte, oder doch wie viel Hefte zugeschickt habe, welchen einzelnen Gegenstand die einzelnen Hefte behandelt haben, und wie dabei sonst seinerseits der übernommenen Verpflichtung genügt sei.

Nur dann erst, wenn ein solches specielles Anführen vorliegt, ist dem Beklagten die Möglichkeit, seine Einwendungen gegen die einzelnen Lieferungen vorbringen zu können, verschafft, und dem Richter eine Prüfung der Frage, über die Erfüllung der gegenseitigen contractlichen Obliegenheiten gestattet.

Bei dem Mangel dieser Unterlagen war daher die Klage in der angebrachten Maße abzuweisen.

18.

Die L. ult. C. de spons. (V. 1.) erklärt die Stipulation eines Proxeneticum für die Zustandebringung einer ehelichen Verbindung nicht für ungültig.

II. Sen.-Erk. v. 3. Febr. 1859. ad no. 613/685. der Reg. von 1858.

Beklagter irrt, wenn er die Bl. angezogene L. ult. C. de spons. (V. 1.) — eine von Cujacius aus den Basiliken restituirte unglossirt Constitution — zu seinem Nutzen erklären zu können vermeint.

Denn die von ihm angegebene Uebersetzung *), welche von Leunclavius herrührt, ist ebensowenig, als die in Beck's Quartausgabe des Corpus juris enthaltene

Constitutio vult, ne proxeneta nuptiarum universe quidquam capiat,

vollkommen genau. Vielmehr sind die Worte

Ἡ διάταξις βούλεται τὸν προξενοῦντα γάμον μάλιστα μὲν μηδὲν λαμβάνειν.

mit Anton Contius richtiger so:

Constitutio vult, eum qui conciliator est matrimonii, maxime quidem nihil capere

zu übersetzen und das maxime eben so wie das μάλιστα gleich: plurime, maxima ex parte

cfr. Dirksen, Manuale s. v. maxime §. 1.

d. i. „in der Regel", „in den meisten Fällen" zu erklären, wo dann in den nachfolgenden Worten als Ausnahme der Fall der Stipulation eines solchen Proxeneticum mit Beschränkung auf eine gewisse Summe oder Quote ausdrücklich erwähnt wird.

19.

Der Inhalt des Planes der K. S. Landeslotterie ist als notorisch zu betrachten.

III. Sen.=Erk. v. 22. Jan. 1859. ad no. 32/53. von 1858.

Es könnte allerdings gegen die Schlüssigkeit der erhobenen Klage das Bedenken geltend gemacht werden, daß aus den in die Klage selbst wörtlich doch nur unvollständig aufgenommenen Bestimmungen des Lotterieplanes die Rechtzeitigkeit der Anmeldung Klägers zur Renovation des von ihm in der 46. kön. s. Landeslotterie gespielten Looses für die drei letzten Ziehungsklassen sich nicht ergiebt. Allein immerhin ist auf die Bestimmungen des Planes, sowohl in der Klage, als später in den Eingaben beider Theile als auf die Norm der zu gebenden Entscheidung Bezug genommen, und wenn überdies jener Plan als von einer öffentlichen Behörde erlassen, als monumentum

*) Constitutio vult ne proxeneta nuptiarum quidquam capiat.

quod unicuique patet, und sein Inhalt demzufolge als etwas Notorisches betrachtet werden muß, so erschien die vorige Instanz wohl berechtigt, auf den erst später in vollem Umfange zu den Acten gekommenen Inhalt des Planes ihre Entscheidung zu gründen.

20.

Zu Interpretation des §. 6. des Planes der K. S. Landeslotterie.

III. Sen.-Erk. v. 22. Jan. 1859. ad no. 32/53. LR.

Was die Auslegung des hier besonders einschlagenden §. 6. des Planes anlangt, so ist der vorigen Instanz AG. Dresden vollkommen beizupflichten. Der weitere Verkauf nicht renovirter Loose ist den Collecteurs, ohne Unterschied, ob Haupt- oder Untercollecteure, erst nach Ablauf des 4. Tages vor der Ziehung gestattet, und es ergiebt sich daraus, daß, wenn die Erneuerung beim Untercollecteur nur bis zum achten Tage vor der Ziehung geschehen soll, dieß nur mit Rücksicht auf den geordneten Geschäftsgang zwischen den Collecteurs und beziehentlich der Direction und insbesondere deshalb bestimmt ist, damit dem Untercollecteur hinreichende Zeit bleibe, die nicht vertriebenen Loose dem Hauptcollectur zur etwaigen weiteren Verfügung rechtzeitig zu remittiren.

Bezüglich eines beim Hauptcollectur selbst gespielten Looses fallen aber die Rücksichten auf den Geschäftsgang, welche die Renovation des Looses vor dem achten Tage beim Untercollecteur erforderlich scheinen lassen, hinweg und es würde daher gar keinen Grund haben, wenn hier für die Nichterneuerung vor dem achten Tage ein härteres Präjudiz eintreten sollte, als welches in dem Falle plangemäß einzutreten hat, wo die Innehaltung jener Frist dem Spieler ausdrücklich geboten wird.

21.

Der Beweis, daß ein Kind nicht aus einem Seiten des angeblichen Schwängerers mit des Kindes Mutter innerhalb der gesetzlichen Conceptionszeit gepflogenen, sondern aus einem früheren Beischlafe jener mit einem Dritten herrühre, kann zwar nicht allein durch die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei der Geburt, wohl aber durch den Hinzutritt noch anderer stringenter Thatsachen geführt werden.

II. Sen.-Erk. v. 15. Febr. 1859. ad no. 637/711. von 1858.

Auch das K. OAG. hat in neuerer Zeit,

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung NF. Bd. 16. S. 119.

die Ansicht angenommen, daß die bloße körperliche Beschaffenheit eines neugebornen Kindes und die hieraus nach ärztlichen Grundsätzen und Erfahrungen über die Conceptionszeit zu ziehenden Schlüsse nicht ausreichen, um die in den Gesetzen

l. 12. D. de statu hom. 1. 5.

l. 3. §. 11. D. de suis et leg. 38,16.

in Bezug auf eheliche Kinder anerkannte, in Sachsen aber nach einer festbestehenden und allgemein befolgten Praxis auch bei außerehelichen Kindern geltende Präsumtion zu beseitigen. Denn diese gesetzlichen Vorschriften sollen eine Rechtsregel bilden, welche deshalb für Rechtsstreitigkeiten über die legitime Geburt eines während der Ehe erzeugten oder die Paternität zu einem außerehelichen Kinde aufgestellt werden mußte, weil einer individuellen Beurtheilung die Erwägung entgegenstand, daß der Beweis, es sei die Geburt eines Kindes die Folge des zu einer gewissen Zeit stattgefundenen Beischlafes gewesen — es sei bei diesem Beischlafe concipirt worden — wo nicht unmöglich, so doch ebenso schwierig als in seinem Erfolge ungewiß ist, und ein richterliches Ermessen im Einzelfalle bei dem Mangel sicherer Unterlagen nur zu ganz willkührlichen Entscheidungen führen würde. Der Ausspruch eines als Sachverständiger zugezogenen Arztes, daß ein völlig reifes und ausgetragenes Kind vor Ablauf eines längeren als des in den Gesetzen erwähnten kürzesten Zeitraums von 182 Tagen nach dem Beischlafe nicht zur Welt

kommen könne, ist im Wesen nur ein, aus neueren wissenschaftlichen Forschungen und praktischen Erfahrungen entlehntes Argument gegen die Richtigkeit der physiologischen Grundsätze, auf welchen jene Rechtsregel beruht: so lange aber die letztere als Rechtsregel selbst noch besteht, ist es nicht Sache des erkennenden Richters, über die Richtigkeit jener Grundsätze zu entscheiden. Wenn daher auch, weil diese Rechtsregel immer nur eine Präsumtion anerkennt, der Beweis der Thatsache, daß die Schwangerschaft, in deren Verlaufe die Geburt eines Kindes stattgefunden hat, schon zur Zeit des in Frage stehenden Beischlafs vorhanden gewesen sei, als zulässig erscheint; so kann doch, wenn die Rechtsregel als solche ihren Zweck und ihre Bedeutung nicht verlieren soll, der Beweis nicht allein durch die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei dessen Geburt geführt werden, sondern es müssen, wie auch in den oben citirten Entscheidungsgründen des OAG. bemerklich gemacht worden ist, noch andere stringente Thatsachen hinzutreten, aus denen unmittelbar hervorgeht, daß die Schwangerschaft schon vor jenem Zeitpunkte eingetreten gewesen sei. Die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei der Geburt und der Ausspruch der Sachverständigen über die regelmäßige Dauer der Schwangerschaft vermögen indeß bei diesem Beweise wenigstens eine adminiculirende Wirkung zu äußern, und insbesondere kann der erkennende Richter das Urtheil Sachverständiger darüber, ob gewisse äußere oder innere Erscheinungen in dem Organismus der Mutter entweder an und für sich allein, oder in Verbindung mit der Beschaffenheit des später gebornen Kindes die Annahme rechtfertigen, daß die Schwangerschaft bereits zu einem gewissen früheren Zeitpunkte thatsächlich stattgefunden habe, als maßgebend bei seiner Entscheidung berücksichtigen, ohne damit dem Bestehen der Rechtsregel zu nahe zu treten, daß, wenn für die Thatsache einer früheren Schwangerschaft keine speciellen Beweisgründe vorliegen, das Dasein einer Ehe oder die Vollziehung eines außerehelichen concubitus innerhalb der gesetzlichen Fristen über die Legitimität, beziehentlich die Paternität entscheide.

Geht man nun von diesen allgemeinen Sätzen bei der Prüfung des von dem Beklagten unternommenen Beweises der Thatsache aus, daß die Klägerin am 22. Mai 1852 bereits schwanger gewe-

sen sei, so kann dieser Beweis nicht für mißlungen erachtet werden. Es möchte zuzugeben sein, daß die von dem Beklagten aufgezählten einzelnen Erscheinungen, an welchen die Klägerin erkannt haben soll, daß sie am 22. Mai 1852 (dem Tage des eingeräumten Beischlafs) schon schwanger gewesen sei, an und für sich allein keine sonderliche Beachtung verdienen, weil nach ärztlichen Erfahrungen diese Merkmale trüglich und eine Täuschung der Klägerin in der Beurtheilung ihres damaligen Zustandes möglich war, allein diese an sich unsicheren Merkmale können, wie selbst dem Laien erkennbar ist, durch Hinzutritt anderer Umstände an Sicherheit gewinnen und selbst zu einer Gewißheit führen. Der Beklagte hatte nun bereits im ersten Verfahren und wiederholt im Beweise angeführt, daß die Klägerin sich während ihrer Dienstzeit bei dem Bauer H. und namentlich in der Zeit vom Palmsonntage bis mit dem 18. April 1852 mit ihrem damaligen Dienstherrn fleischlich vermischt habe, und daß schon vor dem Monate Mai 1852 die erwähnten Erscheinungen aufgetreten seien; es hat auch derselbe im Art. speciell die Behauptung aufgestellt, daß nach diesen Umständen in Verbindung mit der körperlichen Beschaffenheit des Kindes bei dessen Geburt angenommen werden müsse, daß sich die Klägerin am 22. Mai 1852 bereits schwanger befunden habe.

Die auch hierüber befragten Sachverständigen haben sich in ihrem schriftlichen Gutachten dahin ausgesprochen, daß „unter den angenommenen Voraussetzungen des von Anfang des Jahres 1852 bis zum 15. April zugelassenen Beischlafes, der seit Monat April ausgebliebenen monatlichen Reinigung und der Richtigkeit der angegebenen Beschaffenheit des am 18. December 1852 geborenen Kindes mit Gewißheit anzunehmen sei, daß die Klägerin am 22. Mai bereits schwanger gewesen sei. Diesen Ausspruch der Sachverständigen, welcher in Verbindung mit ihrer Angabe zu Art. zugleich die Bestätigung dafür enthält, daß das Wegbleiben der Katamenien im vorliegenden Falle als ein sicheres Kennzeichen der bereits eingetretenen Schwangerschaft zu betrachten sei, hat der erkennende Richter als maßgebend anzuerkennen.

Die Klägerin hat nun eingeräumt, daß mindestens seit dem Monate April und vor dem Monate Mai 1852 ihre früher regelmäßig eingetretene Menstruation, ohne daß eine besondere Krankheit

damit verbunden gewesen, ausgeblieben und bis zu der am 18. December 1852. erfolgten Geburt ihres Kindes nicht zurückgekehrt sei. Da nach dem Gutachten der Aerzte schon dieser Umstand unter Hinzutritt eines vorhergegangenen Beischlafs und der körperlichen Beschaffenheit des Kindes die am 22. Mai 1852 bereits stattgefundene Schwangerschaft der Klägerin in Gewißheit setzt, mithin das Wegbleiben der Katamenien, wenn auch nicht unbedingt, so doch unter den hier obwaltenden Verhältnissen ein sicheres Kennzeichen vorhandener Gravidität gewesen sind, so bedurfte es keines weiteren Eingehens auf die sonst noch angeführten Merkmale dieser Schwangerschaft und die Frage, in wie weit dabei eine Eidesdelation für zulässig zu erachten gewesen wäre, es bedurfte vielmehr nur noch des Beweises einmal für den behaupteten früheren Beischlaf aus der Zeit bis zum 18. April 1852 und die behauptete körperliche Beschaffenheit des Kindes bei dessen Geburt.

22.

Bei Bemessung der Alimente eines unehelichen Kindes kommen die Vermögens- und Erwerbsumstände des Schwängerers zunächst in Betracht.

II. Sen.-Erk. v. 26. Jan. 1859. ad no. 801/663. von 1858.

Nach den Vorschriften des Mandats vom 12. November 1828. §. 1. und 2. ist bei Bestimmung der nicht unter 12 Thlr. und nicht über 60 Thlr. festzusetzenden Geldsumme, welche der Vater eines unehelichen Kindes zu dessen Unterhalt jährlich zu entrichten verbunden auf das ungefähre Vermögen oder Einkommen des Verpflichteten und nur nebenbei, soweit es dieses gestattet, auf den Stand der Mutter und die Bedürfnisse der Erziehung des Kindes zu sehen. Die Vermögens- und Erwerbsumstände des Schwängerers kommen daher bei Feststellung jener Summe immer zunächst in Betracht.

23.

Verweigerung der Einwilligung der Eltern der stuprata zur Ehe mit dem stuprator präjudicirt nicht dem Dotationsanspruche.

II. Sen.-Erk. v. 26. Jan. 1859. ad no. 566/665. von 1858.

Das OAG. ist jedoch der Meinung, daß es der außerehlich Geschwängerten, welche eintretenden Falles für ihre Person den An-

spruch auf die Ausstattung hat, hierunter nicht zum Nachtheil gereichen könne, wenn ihr Vater seine Einwilligung zu der Verheirathung mit dem Schwängerer verweigert. Und ist zu der weiteren Begründung des Satzes:

daß der Schwängerer von der Verbindlichkeit, die Geschwängerte auszustatten, auch dann nicht frei werde, wenn sein oder der Geschwängerten Eltern in die Ehelichung derselben nicht willigen,

nur noch auf

von Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen. 1. Theil. Erört. XXXIII. pag. 269. flg.

zu verweisen.

24.

Bei der s. g. actio alimentaria subsidiaria kann von Großältern väterlicher Seits nur die, beziehentlich gemeinschaftliche, Gewährung des niedrigsten Satzes gefordert werden.

II. Sen.-Erk. v. 20. Jan. 1859. ad no. 704/654. von 1858.

Nach der von dem OAG. befolgten Rechtsansicht

vergl. Zeitschrift f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII. S. 257.

beschränkt sich die auf dem Gesetz beruhende Verpflichtung der subsidiar verpflichteten Adscendenten eines außerehelichen Kindes hinsichtlich der Alimentengelder auf die beziehentlich gemeinschaftliche Gewährung des niedrigsten Satzes von jährlich zwölf Thalern. Der Grund davon liegt schon darin, daß die Verbindlichkeit überhaupt nicht eintritt, wenn die näher verpflichtete Person auch nur den geringsten Satz zu gewähren vermag.

25.

Bei der s. g. subsidiären Alimentationsklage gehört die Bezugnahme auf das Unvermögen der näher verpflichteten Personen zu Begründung der Klage. Es kann jedoch die Bescheinigung dieses Punctes auch in causa ordinaria bei der Klage, beziehentlich im ersten Verfahren, durch geeignete obrigkeitliche Zeugnisse erfolgen.

II. Sen.-Erk. v. 20. Jan. 1859. ad no. 704/654. von 1858.

Nach §. 6. des Mandats vom 12. November 1828 tritt die Verbindlichkeit eines in der gesetzlichen Reihenfolge subsidiär zur Ali-

mentation des außerehelichen Kindes verpflichteten Ascendenten erst dann ein, wenn die näher verpflichteten Personen entweder todt oder unvermögend, das Kind zu ernähren, sind. Der Tod oder das Unvermögen der näher Verpflichteten ist also die Vorbedingung für den Eintritt der subsidiären Verbindlichkeit des in der Reihe Nachfolgenden, und eben deshalb gehört die Angabe, daß die zunächst verhafteten Personen todt oder unvermögend seien, zur factischen Begründung einer gegen den später an die Reihe kommenden Ascendenten gerichteten Klage. Denn soll der letztere zu einer Leistung verurtheilt werden, zu welcher ihn das Gesetz erst unter gewissen factischen Voraussetzungen, also nur bedingungsweise, verbindet, so muß sich der Kläger auch darauf beziehen und der erkennende Richter muß bei der Entscheidung nach den Acten beurtheilen und aussprechen können, ob die Bedingung eingetreten sei. Die Erörterung dieser Frage kann nicht dem künftigen executivischen Verfahren vorbehalten werden, sondern sie muß der zu ertheilenden Entscheidung vorausgehen. Indessen hat das OAG. die aus diesen unbestreitbaren Vordersätzen sich ergebenden Consequenzen nicht in ihrer vollen Strenge eintreten lassen, sondern constant angenommen, daß die Bescheinigung des Unvermögens in der Regel, und abgesehen von besonderen Fällen, durch obrigkeitliche Zeugnisse summarisch geführt werden kann, wenn diese Zeugnisse nur an sich glaubhaft erscheinen und ein Unvermögen der zunächst verpflichteten Personen, wie es im Sinne des Gesetzes vorhanden sein muß, unzweifelhaft ergeben. Es erscheint dem OAG., eben weil in Bezug auf diesen Punct eine blos summarische Bescheinigung zugelassen werden kann, auch nicht unstatthaft, den Beweis des Unvermögens durch obrigkeitliche Zeugnisse zuzulassen, wenn gleichzeitig über die in der Klage diesfalls enthaltenen Angaben der Eid angetragen worden ist. Es ist jedoch, da einestheils dem Beklagten auch hierbei das rechtliche Gehör nicht zu versagen ist und anderntheils der erkennende Richter nicht eher zu einer definitiven Entscheidung über den Eintritt der subsidiären Verpflichtung verschreiten kann, als bis ihm die hierzu erforderlichen Unterlagen vollständig geboten worden sind, als Regel anzunehmen, daß die Zeugnisse, welche das zu erweisende Unvermögen beurkunden sollen, schon bei der Klage oder doch im ersten Verfahren beigebracht werden müs-

sen, wobei unter hierzu geeigneten Umständen dem erkennenden Richter das Befugniß zusteht, vor allen Dingen eine etwa nöthige Vervollständigung dieses Nachweises von richterlichen Amts halber anzuordnen.

26.

Negotiorum gestio der geschiedenen Ehefrau für den früheren Ehemann in Bezug auf Ernährung der Kinder. — Das Recht des Vaters zu Erziehung ehelicher Kinder und zu deren Abforderung von deren von ihm getrennt lebenden Mutter ist theils an sich durch das schulpflichtige Alter, theils durch obervormundschaftliches Ermessen beschränkt*).

II. Sen.-Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 508/583. von 1858.

Dem Anspruch der Klägerin steht an sich, wie auch im Vorprocesse bereits bemerklich gemacht worden, der Grundsatz entgegen, daß zunächst dem Vater das Recht zur Erziehung seiner ehelichen Kinder zusteht, nach erfolgter Ehetrennung mithin die Mutter die in der Ehe mit dem geschiedenen Ehemanne gezeugten Kinder, insofern dieselben nicht wegen ihres zarten Alters noch der mütterlichen Pflege bedürfen — was nach einem constanten und wohlbegründeten Gerichtsbrauche bis zum erfüllten 6. Lebensjahre angenommen wird — dem letzteren zu überlassen hat, oder wenigstens, wenn sie es nicht thut, einen Anspruch auf Vergütung des Erziehungsaufwandes an den Vater der Kinder nicht ohne Weiteres machen kann. In der neuerlich erhobenen und dermalen zur Beurtheilung vorliegenden Klage hat jedoch Klägerin, um der Anwendung und Wirkung dieses Grundsatzes zu begegnen, sich darauf bezogen, daß der Ueberlassung ihrer aus der Ehe mit dem Beklagten herrührenden 4 Kinder an letzteren begründete Hindernisse entgegengestanden hätten, und noch entgegenständen, auch, um dies sofort darzuthun, ihrer Klage das Bl. ersichtliche Zeugniß des Fürstl. R.'schen Justizamtes S. beigefügt, aus welchem allerdings hervorgeht, daß diese

*) Vergl. auch Wochenbl. f. merkw. Rf. 1847. S. 249. fg.; 1854. S. 54. und 357. fg. — Conform mit obigen Grundsätzen wurde übrigens gesprochen in dem Erk. des II. Sen. v. 10. Febr. 1859. ad no. 591/701. von 1858.

Behörde, unter deren Jurisdiction Klägerin wohnhaft und ansässig ist, und von welcher den betreffenden Kindern ein Vormund bestellt worden, aus mehrfachen, speciell darin angeführten Gründen die Ueberlassung der letzteren an Beklagten für bedenklich erklärt und deren Belassung bei der Klägerin, als deren Mutter, für angemessen und durch die Rücksicht auf das Wohl der Kinder geboten erachtet. Unter diesen Umständen und da das oben bemerkte Recht des Vaters allerdings eine nothwendige Beschränkung dann erleidet, wenn das obervormundschaftliche Ermessen entgegentritt, konnte es sich bei der Entscheidung der vorliegenden Differenz nur darum noch fragen, ob dem gedachten Justizamte S. die Eigenschaft als obervormundschaftliche Behörde für die S.'schen Kinder in der That zukomme? Ist jedoch diese Competenz des Justizamtes S. zu der betreffenden Erklärung und Maßnahme außer allem Zweifel, so hat auch der hierauf gegründete Anspruch der Klägerin auf Gewährung von Alimenten für gerechtfertigt erachtet werden müssen, da bei dieser Sachlage die Zurückbehaltung der betreffenden Kinder keineswegs als ein eigenmächtiges Beginnen der Klägerin, vielmehr die Ernährung und Erziehung dieser Kinder durch letztere nur als eine durch die Nothwendigkeit gebotene negotiorum gestio für den Beklagten, als den eigentlich dazu Verpflichteten, betrachtet werden kann.

27.

Bei Bemessung der Alimente für ein eheliches Kind ist der ganze Bedarf und zwar nach den Standes- und Vermögensverhältnissen des Vaters zu bemessen.

II. Sen.-Erk. v. 10. Febr. 1859. ad no. 597/701. von 1858.

Wie auf der einen Seite nicht außer Acht zu lassen ist, daß es hier um Alimente für ein eheliches Kind sich handelt, dessen Ernährung zunächst und ausschließlich dem Vater obliegt,

L. 1. §. 15. D. de agnosc. et al. lib. (25,3.)

so haben auch bei Bestimmung des jährlichen Alimentenbetrages auf 48 Thlr. die Vermögensverhältnisse des Beklagten, wie sie aus den Acten sich ergeben, nach allen Seiten hin genügende Berücksichtigung gefunden.

28.

Eine Ehefrau bedarf in den ihr Receptitionvermögen betreffenden Processen des Beitritts ihres Ehemannes nicht.

II. Sen.=Erk. v. 1. Febr. 1859. ad no. 628/682. der Reg. von 1858.

(Zu Begründung dieses als Ansicht des OAG. ausgesprochenen Satzes wird auf die Ausführung in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. V. N. F. Bd. XIII. S. 375. verwiesen.)

29.

Die Genehmigung des Ehemannes zu dem selbstständigen Gewerbsbetrieb seiner Ehefrau ist zu vermuthen, wenn er solchen connivirt.

II. Sen.=Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 617/692. von 1858.

Man hat zwar dem beizupflichten, was die vorige Instanz (A. Ger. Zwickau) unter Bezugnahme auf Const. et. 15. P. II. nach der Richtung hin bemerkt, daß Ehefrauen Handel oder Gewerbe mit der Wirkung hierauf bezügliche Verträge ohne den speciellen Consens der Ehemänner in jedem einzelnen Falle gültiger Weise abzuschließen nur unter der Voraussetzung ausüben können, daß zu diesem Geschäftsbetriebe die ehemännliche Zustimmung ertheilt sei.

Allein mit der hieraus für den vorliegenden Fall gezogenen Folgerung vermag man sich nicht einzuverstehen. Denn wenn, wie hier, eine Ehefrau, welche mit dem Ehemanne zusammenlebt, auf ihren Namen ein Gewerbe zu betreiben anfängt, und diesen Gewerbsbetrieb unter den Augen des Ehemannes und ohne dessen Widerspruch fortsetzt, wenn dieser geschehen läßt, was ihm im Zweifel nicht verborgen bleibt, daß sie als Inhaberin eines Nähgeschäftes von der Obrigkeit öffentlich bezeichnet und mit Gewerbesteuer eingeschätzt wird, auch solche abentrichtet, so liegt hinreichender Grund für die Annahme vor, daß der Ehemann in den Geschäftsbetrieb eingewilligt habe, und es bedarf solchen Falls in dieser Hinsicht eines weiteren Nachweises von Seiten derer nicht, gegen welche die Ehefrau bei Betreibung ihres Gewerbes Verbindlichkeiten übernahm.

30.

Garantie für die Bonität einer von der Ehefrau dem dritten um den Nominalbetrag verkauften Illatenforderung involvirt nicht eine der Solennität bedürfende Verbürgung.

II. Sen.-Erk. v. 18. Febr. 1859. ad no. 623/718. von 1858.

Wenn eine Ehefrau eine hypothekarische Forderung, welche ihr an ihren Ehemann bis dahin unzinslich zusteht, um den Nominalbetrag gegen baar verkauft, und nicht allein für die Bonität dieser Forderung, sondern auch für die eines zu der Zeit des Verkaufs von dem hypothekarischen Schuldner abgegebenen Zinsversprechens, ingleichen für die Kosten der Einhebung zu haften verspricht; so läßt sich allerdings, worauf Kläger Bl. hinweist, nicht, wie Seiten der vorigen Instanzen geschehen, ohne Weiteres sagen, daß eine der Solennität bedürfende Verbürgung der Ehefrau in dem Sinne des §. 2. des Mandates vom 6. Nov. 1828. vorliege, indem in einem solchen Falle im Zweifel die Bestimmung §. 9. sub 1. jenes Mandates Platz ergreift.

31.

Intervention (Vindication) der Ehefrau auf Grund §. 55. des Exsec. Ges. vom 28. Febr. 1838. — Mobilienkäufe. — Tilgung des Kaufpreises durch Compensation mit dem Einbringen. — Beweisvertheilung.

II. Sen.-Erk. v. 14. Jan. 1859. ad no. 804/641. von 1858.

Nach ausdrücklicher Vorschrift der Erl. Proceß-Ordnung ad Tit. XXXIX. §. 21. soll die Execution nicht in derer Weiber oder Kinder eigne Güter und Vermögen wegen ihres Ehemannes oder Vaters Schulden vollstreckt werden. Die Ehefrau hat demnach, wenn wegen Schulden des Ehemannes Sachen, welche ihr eigenthümlich zugehören, abgepfändet und in Beschlag genommen worden sind, das Recht, diese Sachen zu vindiciren; sie wird aber, wenn sie tempestiv mit einem schlüssigen Interventionsvorbringen hervorgetreten ist und der betreffende Gläubiger des Ehemannes dieses Vorbringen bestreitet, auch die Beschaffenheit der Gegenstände keine solche Wahrscheinlichkeit für dasselbe begründet, daß sie sofort zur eidlichen Bestärkung des behaupte-

ten Rechts gelassen werden kann, in der Lage sein, den Grund ihres Reclamationsgesuches dem Gläubiger gegenüber besonders darthun zu müssen. Die Gründe, aus welchen im vorliegenden Falle die Kläger die (Interventionsbeklagten) die als Intervenientin aufgetretene Ehefrau des Schuldners zu diesem Beweise nicht gelassen, sondern sofort zurückgewiesen wissen wollen, rechtfertigen den dahin gestellten Antrag nicht. Intervenientin hat sich darauf berufen, daß sie die fraglichen Gegenstände von ihrem Ehemanne gekauft und mit dessen Einverständnisse den Kaufpreis durch Compensation mit einem Theile ihres eheweiblichen Einbringens berichtigt habe. An sich ist eine solche Compensation nicht unzulässig. Denn

a) wie es überhaupt den Ehegatten gestattet ist, mit rechtlicher Wirkung Kauf- und andere onerose Verträge unter sich abzuschließen, dafern dieselben nur nicht eine ungültige Schenkung involviren, oder eine Benachtheiligung der Gläubiger bezwecken, so hängt es auch ganz von der Vereinbarung der Interessenten ab, die Art und Weise zu bestimmen, wie der Kaufpreis berichtigt werden solle, ob durch Baarzahlung, oder, Falls der Ehemann und Verkäufer baares Einbringen der Frau in Händen hat, durch Aufrechnung dieses Einbringens nach Höhe des Kaufpreises. Denn die Ehefrau ist hinsichtlich ihrer Illaten auch Gläubigerin des Mannes und es ist nicht abzusehen, warum der Ehemann, welcher doch, dafern es nur nicht in fraudem creditorum geschieht, auch durante matrimonio auf den ehemännlichen Nießbrauch mit rechtlicher Wirkung verzichten kann,

vergl. *Kind* quaest. for. Tom. IV. Cap. 39. pag. 193. sq. (ed. II.) decis. 25. v. J. 1746.

so schlechthin behindert sein sollte, seiner Ehefrau noch während der Dauer der Ehe das Eingebrachte, sei es durch Baarzahlung oder durch datio in solutum, ganz oder zum Theil zurückzugewähren. Der Grundsatz, daß unbetagte Forderungen zur Compensation mit betagten sich nicht eignen, kann nur bei der sogenannten compensatio necessaria, nicht aber auch da in Anwendung kommen, wo die Compensation vereinbart wurde (compensatio voluntaria);

vergl. Curtius, Handbuch §. 1643.

hier aber ist auf eine solche freiwillige Compensation Bezug genommen.

Nächstdem hat

b) Intervenientin zwar nicht gesagt, welche der verschiedenen Beträge, die sie ihrem Ehemanne inferirt haben will, auf den Kaufpreis für die hier fraglichen Gegenstände in Abrechnung gebracht worden seien, allein deshalb ist ihr Vorbringen noch nicht unschlüssig. Zunächst kommt es, wie die vorige Instanz ganz richtig bemerkt hat, nur darauf an, daß Intervenientin die fraglichen Sachen titulo oneroso erworben habe; dies würde der Fall sein, wenn sie erweislich ihrem Ehemanne mindestens so viel, als der Kaufpreis beträgt, eingebracht hatte, und dieses Einbringen mit dem Kaufpreise compensirt wurde. Hatte sie mehr inferirt, so verminderte sich nun ihr Illatenanspruch um die Höhe des Kaufpreises; im Uebrigen blieb er fortbestehen. Es ist möglich, daß die Kläger im Gegenbeweise ausführen, daß auch der Kaufpreis für das Haus, welches Intervenientin schon vorher von ihrem Ehemanne käuflich erworben, ganz oder theilweise durch Compensation berichtigt worden ist, und allerdings würde, wenn bei diesem Hauskaufe schon das ganze Einbringen der Ehefrau in Gegenrechnung gekommen wäre, ohne Weiteres daraus folgen, daß der spätere Mobilienkauf nur zum Schein in fraudem creditorum abgeschlossen worden sei; hätte aber die Kaufsumme für das Grundstück den Betrag der Illaten noch nicht erschöpft gehabt, sondern wäre dabei an Einbringen immer noch wenigstens soviel übrig geblieben, als der Kaufpreis für das Mobiliar beträgt, so würde Intervenientin auch hier immer noch haben compensiren können. Zur Schlüssigkeit des Vorbringens gehörte es also nicht, daß Intervenientin speciell angab, welche der verschiedenen Posten, die sie ihrem Ehemanne inferirt zu haben behauptet, bei dem in Rede stehenden Mobilienkaufe in Gegenrechnung gebracht worden seien; daß Fälle denkbar sind, für welche es, wie bereits Bl. angedeutet worden ist, gerathen sein kann, daß Intervenientin in dem Beweise besondere Erklärungen darthue, daß und welche Gegenrechnungsposten auf die Hauskauf- und welche auf die Mobilienkaufgelder gerechnet werden sollten, kann hieran etwas nicht ändern.

32.

Durch über rechtsverwährte Zeit erfolgte Erholung des Wasserbedarfs des fundus dominans aus einem den fundus serviens durchfließenden Bächlein erscheint die Servitut erworben, wenn selbst diese Erholung in verschiedenen Zeitabschnitten an verschiedenen Stellen Statt gefunden hat.

II. Sen.-Erk. vom 25. Febr. 1859. ad no. 576/708. von 1858.

Geht man davon aus, daß als das Object der streitigen Servitut gezeigtermaßen der auf Klägers Grundstücke befindliche Wasserlauf, nicht die einzelne an oder in demselben befindliche, das Wasserholen erleichternde Vorrichtung zu betrachten ist, daß ferner Beklagter nicht neben dem Rechte des Wasserholens und unabhängig von demselben eine servitus itineris fordert, sondern das Recht zu Begehung des Grundstücks Klägers nur insoweit als es zu der Wassererholung unerläßlich ist, mithin als sog. adminiculum seines Wasserbefugnisses beansprucht, berücksichtigt man endlich, daß nach Klägers eigenem Anführen der seit dem Jahre 1832 hierzu benutzte Weg das dienende Grundstück mehr als früher afficirt, so kann man selbst bei der schärfsten Anwendung des Satzes quantum possessum tantum praescriptum nicht zu der Schlußfolgerung gelangen, daß in der veränderten Richtung des Weges eine solche Inconformität der Ausübung liege, welche den Begriff eines zum Verjährungserwerbe geeigneten Quasibesitzes gänzlich ausschließe. Denn insoweit als Beklagter bei der Wassererholung bis zum Jahre 1832 das Grundstück Klägers begangen hat, ist eine gleichmäßige Belästigung des letzteren anzunehmen; nur insoweit als nachmals noch in einer längeren Strecke jenes Grundstück betreten worden ist, würde eine Ungleichförmigkeit, eine den fundus serviens mehr als früher beschwerende Ausdehnung des Nebenbefugnisses der Servitut vorhanden sein. Wohl aber entsteht hiernach die Frage, welche Modalität der Ausübung nunmehr als die durch Verjährung erworbene dem Beklagten zuzuerkennen sei.

Denn der Rechtsgrundsatz, daß Servitute als Beschränkungen der natürlichen Freiheit im Zweifelsfalle zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen und zugleich, soweit es mit dem Befugnisse des

Berechtigten vereinbar ist, mit thunlichster Schonung des Ersteren sowie in der ihn am wenigsten belästigenden Maaße auszuüben sind, leidet der Natur der Sache nach nicht blos auf den eigentlichen Gehalt, den rechtlichen Kern des Befugnisses, sondern auch auf die zu dessen Ausübung unerläßlichen Nebenrechte, die sog. adminicula servitutis, Anwendung.

l. 20. §. 5. in fin. D. de serv. praed. urban.

l. 15. D. de serv. praed. rust.

l. 5. D. de itin. act. priv.

Insofern daher seit dem Jahre 1832 von den Berechtigten und dessen Leuten das Grundstück Klägers in einer weiteren, das letztere benachtheiligenderen Weise als früher Behufs der Ausübung des Wasserbefugnisses betreten und begangen worden ist, kann von dem Verjährungserwerbe eines hierauf bezüglichen Befugnisses nicht die Rede sein. Vielmehr wird allerdings Beklagter sich gefallen lassen müssen, auf Klägers Verlangen auf diejenige Modalität bei Ausübung seines Befugnisses beschränkt zu werden, durch welche das dienende Grundstück nicht nur keinesfalls mehr, als während der Verjährungsperiode gleichförmig geschehen, sondern auch überhaupt in derjenigen geringstmöglichen Maaße belästigt werde, welche mit dem verjährten Rechte des Beklagten, den gesammten Wasserbedarf seines Grundstücks aus dem das klägerische Grundstück durchfließenden Bache zu erholen, irgend vereinbar ist.

33.

Zu Interpretation des §. 247 des Gesetzes vom 22. Mai 1851 den Regelbergbau betr.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad no. 525/655. von 1858.

Als präjudiciell stellen sich die Ausführungen im Art. der Gegenbescheinigung dar, in welchen Kläger darzuthun versucht hat, daß in Folge der oberhalb der Stadtmühle von Marienberg stattgefundenen Vereinigung mit dem Schlettenbach das Wasser des Reitzenhainer Zeuggrabens und Hieronymusstollns in dem Ersteren aufgegangen sei, dadurch seine Existenz als selbstständiges Rechtsobject verloren und somit zugleich aufgehört habe, Gegenstand der ausschließlichen oder vorzugsweisen Benutzung für den Bergbau zu sein,

weil nach Vorschrift des Gesetzes den Realbergbau betr. vom 22. Mai 1851. §. 247. das den Bergämtern zustehende Recht der Verfügung über die durch den Bergbau erschrotenen, aus Stölln und anderen Grubenbauen abfließenden Wasser, deren die zunächst Berechtigten zu Bergwerksanlagen nicht bedürfen, aufhöre, sobald sich die Wasser in einen gemeinen Wasserlauf ergossen haben.

Die vorigen Instanzen stimmen in der Ansicht überein, daß die angezogene gesetzliche Bestimmung auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leide. Hierin ist ihnen auch bei anderweiter Prüfung der Sache in gegenwärtiger Instanz beizupflichten gewesen.

Läßt man zunächst die formellen Gründe, welche zu Widerlegung der Argumentation Klägers aus dem rechtskräftigen Beweisinterlocute entlehnt sind, einstweilen dahingestellt, so hat die Anwendung der betreffenden Disposition im Sinne Klägers schon insofern erhebliches Bedenken, als sie sich nur auf die durch den Bergbau erschrotenen, aus Stölln und anderen Grubenbauen abfließenden Wasser bezieht, während der Reitzenhainer Zeuggraben, welcher nach Klägers eigenem Zugeständnisse schon vor der Vereinigung mit dem Mühlgraben der Stadtmühle die Wasser des Hieronymusstolln absorbirt, nach der Ansicht beider Instanzen seine Bestimmung zu vorzugsweiser Benutzung für den Bergbau einer landesherrlichen Verfügung verdankt; die fortwirkende Kraft sothaner Verfügung aber dadurch, daß das Wasser dieses Grabens unter Benutzung eines gemeinen Wasserlaufes seiner eigentlichen Bestimmung zugeführt wird, offenbar nicht so ohne Weiteres für ausgeschlossen erachtet werden kann. Unbeschadet etwaiger wohlerworbener Rechte Dritter ist in einem solchen Falle sowohl eine Mitbenutzung des gemeinen Wasserlaufs als eine Wiederabtrennung des eigentlichen Bergwerkswassers von selbigem, eine Wiederaufhebung der durch die Vermischung herbeigeführten Gemeinschaft der Benutzung, weder an sich rechtlich undenkbar, noch durch den Wortlaut oder die Tendenz des Gesetzes ausgeschlossen.

Wollte man aber auch die Absicht des Gesetzgebers in dem von Klägern behaupteten weiteren Sinne auffassen, so wäre die Anwendung des Gesetzes jedenfalls durch den Nachweis bedingt, daß es ein gemeiner Wasserlauf sei, in welchen das Zeuggrabenwasser bei

der Stadtmühle sich ergießt. Dieser Nachweis ist jedoch nicht geliefert, mag man den Begriff eines gemeinen Wasserlaufs nach der Beschaffenheit seiner Leitung, im Gegensatze eines künstlichen, nicht natürlichen, oder nach der rechtlichen Natur seiner Benutzung, im Gegensatze eines dem allgemeinen Gebrauche entzogenen und speciell dem Zwecke des Bergbaues gewidmeten, feststellen.

In der ersteren Beziehung hat die Behauptung Klägers, daß der Schlettenbach ein in der Wüstenschletta entspringender wilder oder gemeiner Bach sei, und ein solcher nach der Vereinigung mit dem Zeuggraben bleibe, durch die hierunter beantragte Besichtigung und Begutachtung der Sachverständigen nur insoweit Bestätigung gefunden, als das Bett, in welchem das Zeuggrabenwasser mit dem sonstigen Aufschlagwasser der Stadtmühle vereinigt durch den sogenannten Hüttengrund in der Richtung nach Klägers Mühle zu und weiter fließt, ein natürliches Rinnsal ist, in dieses Rinnsal aber der Schlettenbach nicht in der Gestalt, in welcher er entsprungen ist, sondern vermischt mit andern, durch natürliche und künstliche Rinnsale direct oder indirect mit ihm verbundenen Wassern sich ergießt. Einleuchtender Weise kann nun aber ein künstlicher Wasserlauf dadurch allein, daß er theilweise in einem natürlichen Rinnsale fortgeleitet wird, nicht ohne Weiteres zu einem gemeinen Wasserlaufe in dem Sinne eines natürlichen oder unkünstlichen Wasserlaufs werden. Ob dies wenigstens dann anzunehmen sei, wenn das mit dem Kunstwasser im natürlichen Rinnsale vereinigte sonstige Wasser dem Quantum nach stärker oder doch gleich stark sei, wie Kläger Bl. will, kann dahin gestellt bleiben, da die Wassermessung Bl. außer Zweifel gesetzt hat, daß das dem Mühlgraben der Stadtmühle zugeführte Wasserquantum des Zeuggrabens im Vergleich mit dessen sonstigen Wasserzuflüssen, das bei Weitem stärkere ist, die letzteren zu jenem im Verhältniß von 147,6 : 314. stehen.

Ebensowenig kann das in dem mehrerwähnten Rinnsale vereinigte Wasser lediglich in Folge dieser Vereinigung als ein gemeiner Wasserlauf im Sinne eines dem allgemeinen Gebrauche anheimgefallenen, dem Bergbaue aber entzogenen betrachtet werden. Denn, ob die Benutzung des in dem Mühl- oder Hütten-Graben fließenden Wassers Jedermann oder ausschließlich, beziehentlich vor-

zugsweise dem Bergbaue zustehe, ist eben der Streitpunkt des gegenwärtigen Processes und Gegenstand der der Beklagten auferlegten Bescheinigung. Die Meinung Klägers, daß diese Bescheinigung in dem von ihm in Gegenbescheinigungs-Art. 42—50. ausgeführten Grunde schlechthin verfehlt und unbeachtlich sei, kommt daher auf eine petitio principii hinaus.

34.

Berichtigungen der in Bezug auf Rangstellung, Umfang u. dergl. irrthümlichen Einträge in dem Hypothekenbuche.

II. Sen.-Erk. v. 15. Febr. 1859. ad no. 620/712. von 1858.

Insbesondere ist zu Bl. noch zu bemerken, daß nach der Ansicht des OAG. Berichtigungen der hier gedachten Art im Zweifel nicht durch blose Resolution, sondern nur auf Grund zwischen den Interessenten gepflogener Verhandlungen von dem Hypothekenrichter vorgenommen werden dürfen.

35.

Einträge in Gemäßheit §. 10. des Hyp. Ges. vom 6. November 1843. in Betreff geschlossener Kohlenabbauverträge, sind nur dann statthaft, wenn sie von dem Grundstücksbesitzer unmittelbar abgeschlossen werden.

II. Sen.-Erk. v. 18. Jan. 1859. ad no. 484/853. von 1858.

Nach §. 10. des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 sind zwar Verträge wegen Ueberlassung des Abbaues von Steinkohlenlagern und unterirdischen Braun- und Erdkohlenlagern, deren gerichtliche Confirmation in dem Mandate vom 10. September 1822 vorgeschrieben, gegenwärtig in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen; allein es bezieht sich diese Vorschrift nur auf solche Verträge, welche von dem Besitzer des Grundstücks, auf oder unter welchen der Abbau vorzunehmen, abgeschlossen werden, keineswegs aber auf Veräußerungen, welche von den durch Vertrag mit dem Grundstücksbesitzer zum Abbau berechtigten Personen oder deren Nachfolgern vorgenommen werden. Diese eignen sich nicht zu einer Verlautbarung in dem Grund- und Hypothekenbuche, die in der

1. Rubrik des Foliums des betreffenden Grundstücksbesitzers ihre Stelle finden müßte, und nur, wenn für das Abbaurecht ein selbstständiges Folium im Grund- und Hypothekenbuche angelegt worden sein sollte, was aber nur mit besonderer Genehmigung des Justizministerii statthaft ist, kann von einem Eintrage solcher Veräußerungen die Rede sein, indem dadurch ein von dem Grundstücke selbst als getrennt zu denkendes, diesem aber analog zu behandelndes besonderes Object der Veräußerung und Verpfändung entsteht.

(Bekanntmachung des Justizministerii v. 31. Mai 1855.)

36.

Der Eintrag einer Protestation zu Sicherung eines Pfandobjectes nach §. 147. des Hypoth. Ges. auf einem gewissen Grundstücksfolium, wenn in der Pfandverschreibung, angeblich aus Irrthum, nicht dieses sondern ein anderes Grundstück als Pfandobject bezeichnet ist, setzt den speciellen Nachweis dieses Irrthums voraus.

III. Sen.-Verordn. v. 13. Febr. 1859. ad no. 8. ejd. ai.

Soweit Appellant seine Protestation unter die Vorschrift des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843. §. 147. subsumirt wissen will, steht ihm der Bl. hervorgehobene Umstand entgegen, daß dasjenige Grundstück, auf welches er ein durch Protestation zu sicherndes Pfandrecht prätendiren zu können glaubt, nach den actenmäßigen Unterlagen ungewiß bleibt, folglich die Füglichkeit einer Hypothekenbestellung durch die Bestimmung in §. 47. des angezogenen Gesetzes ausgeschlossen erscheint. Die Bl. genommene Beziehung auf die Rechtsregel falsa demonstratio non nocet ist in dem vorliegenden Falle unzutreffend.

Die unrichtige Bezeichnung des in Rede stehenden Grundstücks muß namentlich hier, wo es nach der angezogenen gesetzlichen Bestimmung gerade darauf ankommt, ein bestimmtes Grundstück zu verhaften, an sich als ein die Disposition selbst als unausführbar machender sogenannter error in corpore gelten, so lange nicht nachgewiesen ist, daß die Appellatin mit dem Bl. bezeichneten Grundstücke Nr. 35. zu C. dasjenige, die Foliennummer 20. und die Brandcatasternummer 24. führende dasige Grundstück, welches Appellant darunter

verstanden wissen will, wirklich gemeint habe, daß mithin die Interessenten über den Gegenstand der Vereinbarung, der unrichtigen Bezeichnung desselben ungeachtet, einverstanden gewesen seien.

l. 9. pr. §. 2. D. de contr. emt.

l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. D. de verb. oblig.

l. 85. D. de leg. III.

l. 17. pr. D. de cond. et. demonstr.

II. Civilproceß.

1.

Die Entscheidung der Frage: ob ein Weg ein öffentlicher sei? gehört zur Cognition der Verwaltungsbehörden. — Verfahren bei diesfallsigem Einwande.

III. Sen.-Verordn. v. 12. Febr. 1859. ad no. 14. dess. J.

Die Erörterung und Entscheidung der Frage: ob ein Weg ein öffentlicher sei, steht nach dem Competenzgesetz vom 28. Januar 1835. sub. A. §. 8. Nr. 4. nicht der Justiz- sondern der Verwaltungsbehörde zu.

Wenn daher in einem, wegen der Benutzung eines Weges entstandenen Civil-Processe Streit, oder doch wenigstens ein nicht unbegründeter Zweifel entsteht, ob der in Frage befangene Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Weges habe, so hat das Proceßgericht, unter einstweiliger Sistirung des Civilprocesses, sich mit der zuständigen Verwaltungsbehörde in Vernehmung zu setzen, und der letzteren die Entscheidung darüber, ob der Weg ein öffentlicher sei, anheim zu geben. Denn diese, von der Justizbehörde als maßgebend anzuerkennende Entscheidung ist von wesentlichem Einfluß auf die Fortstellung des Civilprocesses und die Grenzen, innerhalb deren sich die richterliche Entscheidung zu halten hat.

2.

Zu Interpretation der Justizconventionen zwischen Sachsen und Preußen vom 14. October/30. Novbr. 1839., S. und Altenburg vom 23. Mai/20. Juni 1840., S. und Reuß j. L. vom 12 Juli 1845. Art. 4. u. 8.

II. Sen.-Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 508/583. von 1858.

Nach der Ansicht des OAG. erscheint die Bestimmung in Art. 4. der betreffenden Conventionen, wonach es keinem Unterthan der beiderseitigen Staaten gestattet sein soll, den nach den Bestimmungen des Staatsvertrages für ihn competenten Gerichtsstand freiwillig zu prorogiren, auf Fälle, wie der vorliegende, wo die verklagte Partei in dem einen der betreffenden Staaten, wenn schon ohne das Recht der Staatsangehörigkeit erworben zu haben, Wohnsitz genommen hat, nicht anwendbar, vielmehr die Vorschrift in Art. 8. rücksichtlich persönlicher Klagen maßgebend.

3.

Wenn die exceptio fori incompetentis tempestiv vorgeschützt ist, liegt darin, daß sich Beklagter zu dem Verfahren verweisen lassen, diesfalls auf Erstreckung des septidui compromittirt und eventuell litem contestirt keine prorogatio fori.

III. Sen.-Erk. v. 26. Febr. 1859. ad no. 1/6. deff. J.

Hiernach konnte es sich gegenwärtig lediglich noch darum handeln, ob eine prorogatio fori stattgefunden? Diese Frage ist jedoch mit vollem Rechte in der vorigen Instanz verneint worden; denn der Beklagte hat keineswegs erst im schriftlichen Verfahren, sondern sofort bei seinem Erscheinen im Güte- und Rechtstermine die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts der Klage entgegengestellt, und wenn er sich auch hierauf vom Gerichte zum rechtlichen Verfahren verweisen lassen und beide Parteien sodann auf ein Duplex septiduum compromittirt haben, so kann doch hierin ein Wiederabgehen von der unmittelbar vorausgegangenen und an die Spitze gestellten Einrede der Incompetenz offenbar nicht gefunden werden, und zwar um so weniger, als dem Beklagten eine eventuelle Einlassung auf die Klage für den nicht allein möglichen, sondern in der ersten In-

stanz auch wirklich eingetretenen Fall der Nichtberücksichtigung der gedachten Einrede jedenfalls erforderlich erscheinen mußte, wie er sich denn auch in der That in dem Exceptionssatze nur eventuell unter Wiederholung der fraglichen Einrede und unter ausdrücklicher Protestation gegen die Zuständigkeit des Gerichts eingelassen hat.

4.

Requisite eines Vollmachtsblanquets.

II. Sen.-Erk. v. 1. Febr. 1859. ad no. 630/688. von 1858.

Die Vollmacht ist eine Urkunde, welche nach §. 1. ad Tit. VII. der Erl. Proc.-Ordn. von dem Mandanten eigenhändig zu unterschreiben ist; es reicht daher nicht aus ein von ihm vollzogenes Blanquet, wenn nicht wenigstens in solchem die Namen der Partheien und der Streitgegenstand bezeichnet sind. Nun kann aber das Bl. eingeheftete Blatt eben nur als Blanquet angesehen werden, weil es, wie der Augenschein ergiebt, zu einem besonderen Bogen Papier gehört und keinen mit der Vollmachtsurkunde unzweifelhaft zusammenhängenden Theil derselben bildet. Die auf diesem Blatte befindlichen, vom Beklagten unterschriftlich vollzogenen Worte enthalten aber das nicht, was nach Obigem erforderlich ist, um eine genügende Vollmachtsblanquetvollziehung annehmen zu können.

5.

Verbindung des petitorii mit dem possessorio ordinario.

II. Sen.-Erk. v. 4. Jan. 1859. ad no. 605/630. von 1858.

Die Klage ist zwar Bl. zunächst nur als ordentliche Besitzklage bezeichnet worden. Aber sie enthält, wie bemerkt, auch die zu Begründung einer petitorischen — hier einer Negatorienklage — erforderliche Bezugnahme auf das Eigenthum des Klägers an beiden Mauern. Eine Verbindung der ordentlichen Besitzklage mit der petitorischen ist an sich nicht unzulässig und kann selbst stillschweigend mit dem Effecte erfolgen, daß eventuell im petitorio erkannt wird,

Decis. XIII. v. J. 1661.

Biener, system. proc. §. 271. und Not. 5.

Da nun der Beklagte sich über das Eigenthum Klägers an der

Mauer aa. erklärt, es eingeräumt und vertragsmäßiges Benutzungsrecht geltend gemacht, somit also selbst den petitorischen Gesichtspunct erfaßt und es noch überdieß als irrelevant bezeichnet hat, ob in possessorio oder in petitorio entschieden wird, so konnte man auch in soweit die von den vorigen Instanzen bezzüglich der Mauer aa. ertheilte Entscheidung in petitorio unbedenklich bestätigen.

6.

In der Ladung auf die Klage bedarf es nicht der Bezugnahme auf die s. g. Einlassungsfrist.

II. Sen.-Erk. v. 8. Febr. 1859. ad. no. 642/667. von 1858.

Man hat die Ausstellungen, welche der Beklagte gegen die Richtigkeit der Bl. ersichtlichen Ladung erhoben und ausführlich zu begründen gesucht hat, nicht für erheblich erachten können; denn die Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. IV. §. 1. schreibt nicht vor, daß der Beklagte auf die Frist, binnen welcher die Einlassung auf die Klage zu bewerkstelligen ist, in der Ladung ausdrücklich aufmerksam gemacht und zur rechtzeitigen Einlassung und Antwort aufgefordert werden solle. Es bedarf auch eines solchen Beisatzes für das richtige Verständniß und die Deutlichkeit der Ladung nicht, denn die Eintheilungen der Fristen im rechtlichen Verfahren und die Bestimmungen der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XVI. §. 1. über die Frist zur Einlassung müssen den Parteien und ihren Sachwaltern ebenso bekannt sein, wie die Form, in welcher die Beantwortung der Klage nach der Erl. Proc.-Ord. ad Tit. XVI. §. 1. zu bewirken ist; und ein Zweifel darüber, daß die Ladung eine frist- und formmäßige Einlassung unter dem angedrohten Präjudiz fordere, kann nicht füglich entstehen.

7.

Confessio ficta der Klage schließt die Prüfung der Schlüssigkeit nicht aus.

Dasselbe Erkenntniß.

Das wegen unterbliebener rechtzeitiger Klagbeantwortung fingirte Zugeständniß erstreckt sich nur auf die in der Klage gehörig vorgebrachten Thatsachen, nicht auf die Urtheile und Rechtsansichten,

welche der Kläger zu Unterstützung seines Anspruchs in die Klage mit aufgenommen hat. Die Schlüssigkeit der Klage ist also auch in Contumazfällen von richterlichen Amts halber zu prüfen.

8.

Generalität der Klage erledigt sich, wenn auch nicht durch confessio ficta, doch nach Befinden durch wirkliche Zugeständnisse.

II. Sen.-Erk. v. 4. Jan. 1859. ad no. 605/630. von 1858.

Wenn die zu Begründung einer Klage angeführten factischen Behauptungen nicht mit der, insbesondere für den Gebrauch der Eidesdelation erforderlichen Bestimmtheit und Specialität vorgebracht worden sind, so kann, auch wenn sich der Beklagte nicht verneinend, sondern gar nicht auf die erhobene Klage eingelassen hat, jener Mangel zu einer Abweisung des Klägers in der angebrachten Maße führen. Denn die Schlüssigkeit der Klage ist vom Richter Amts halber zu prüfen und das in Contumaz fingirte Zugeständniß tritt nur hinsichtlich der schlüssig behaupteten Thatsachen ein, weil sich der Beklagte nur auf diese, nicht auf die Rechtsbegriffe und Ansichten des Gegners einzulassen verbunden ist. Hat aber der Beklagte die Richtigkeit der von dem Gegner aufgestellten Behauptungen ausdrücklich eingeräumt, so wird durch dieses freiwillige Zugeständniß der etwa vorhandene Mangel der specielleren Angaben geheilt. In der vorliegenden Klage ist nun nicht allein ein älterer Besitzstand geltend gemacht, sondern auch weiter angeführt worden, daß der Kläger die beschriebenen Grundstücke käuflich erworben und übergeben erhalten habe, und als deren Besitzer im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen, die beiden Mauern aa. und bb. der Handzeichnung aber von Klägers Vorbesitzer auf dessen Grund und Boden errichtet worden seien. Durch diese Bezeichnung der letztern aber hat der Kläger offenbar nicht blos einen ältern und besseren Besitz, sondern auch das Eigenthum an denselben beansprucht. Der Beklagte hat nun Bl. deutlich erklärt, daß der Kläger Eigenthümer der Mauer aa, daß diese von Klägers Vorbesitzer errichtet worden sei, und daß er kein Eigenthum, sondern nur ein vertragsmäßiges Benutzungsrecht an dieser Mauer beanspruche. Es kommt also

dermalen nichts Wesentliches mehr darauf an, ob jenes Anführen des Klägers an sich für den Eidesantrag bestimmt und speciell genug gewesen sein würde.

9.

Zu schlüssiger Bezugnahme auf die Verhandlung mit einem Geschäftsgehilfen bedarf es in der Regel nicht der namentlichen Bezeichnung desselben.

III. Sen.-Erk. v. 22. Jan. 1859. ad no. 32/53. von 1858.

Was den in erster Instanz geltend gemachten, in zweiter Instanz ausdrücklich weder gebilligten noch reprobirten Grund der Klagabweisung anlangt, die Unbestimmtheit der Klage über die Person oder die Personen, mit welchen, oder in Gegenwart welcher Kläger über die Erneuerung des in den beiden ersten Classen gespielten Looses verhandelt, beziehentlich gehandelt haben will, so war dem in dritter Instanz Gesagten völlig beizutreten, die in jener mindern Specialität einen Grund der Abweisung der Klage nicht erblickt hat. Für die Gültigkeit des in einem offnen kaufmännischen Geschäftslokal innerhalb der daselbst betriebenen Geschäftsbranche geschlossenen Geschäfts ist es gleichgiltig, ob der verhandelnde Fremde den Namen dessen kennt, der Seiten des Geschäfts verhandelt, und es kann ihm daher nicht angesonnen werden, nach diesen Namen sich zu erkundigen, und die Person, mit welcher er verhandelt hat, namentlich zu bezeichnen, sobald er Rechte aus der Verhandlung ableiten will. Es genügt vielmehr, wenn er im Allgemeinen anführt, mit einer Person verhandelt zu haben, deren geschäftliche Vertretung dem Inhaber des Geschäfts obliegt.

10.

Contumaz wegen Unterlassung punctweiser Einlassung tritt nicht ein, wenn sich Beklagter über die relevanten Thatsachen mit hinlänglicher Deutlichkeit erklärt hat.

II. Sen.-Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 577/690. von 1858.

Die vorige Entscheidung (des AG. Dresden) beruht auf einer Interpretation der Disposition der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XVI.

§. 1., welche durch den Zweck und die Tendenz des Gesetzes vollkommen gerechtfertigt wird, auch von dem OAG. schon in zahlreichen Fällen befolgt worden ist. Unverkennbar hat der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, in der Anordnung, daß die Einlassung „deutlich und von Punct zu Punct" zu geschehen habe, eine rein formale Vorschrift zu geben, deren Nichtbeachtung schlechterdings den Nachtheil der Contumaz nach sich ziehen solle, auch wenn die Einlassung selbst vollkommen deutlich und bestimmt genug wäre, sondern nur denselben Zweck verfolgt, welcher schon den in der Proc.-Ordn. Tit. 16. gegebenen Bestimmungen zu Grunde liegt, nämlich den, eine solche Einrichtung der Einlassung zu erlangen, daß

> „daraus genugsam zu vernehmen, ob das Factum oder die dabei angehangene Qualität und Umstände damit gemeint und was an dem einen oder dem andern verneint oder gestanden werde."

Der Beklagte soll sich nicht in die Lage versetzen, einen Umstand, den er an sich einräumen müssen, durch willkührliche Verbindung mit andern wirklich zu verneinenden Umständen der Wahrheit zuwider leugnen zu dürfen, er soll „den Sachen richtig unter die Augen gehen." Das Letztere geschieht aber zweifelsohne auch dann, wenn der Beklagte, ohne die Klage punctweise zu beantworten, sich so deutlich und erschöpfend darüber ausspricht, daß man in Betreff aller in der Klagdarstellung enthaltenen relevanten Umstände darüber, was an ihnen verneint oder zugestanden sein solle, vollständig ins Klare gesetzt wird.

11.

Das Mandat vom 1. April 1824 ist nicht auf Compromisse wegen Anticipation des Publicationstermins anwendbar.

II. Sen.-Erk. vom 27. Jan. 1859. ad no. 535/671. von 1858.

Das Einverständniß der Parteien darüber, daß der auf den 24. Juli 1857 anberaumte Publicationstermin auf den 9. desselben Monats verlegt werde, ist unter die Vorschriften des mehrfach angezogenen Mandats vom 1. April 1824. nicht zu subsumiren. Zu den Nothfristen von deren compromissarischer Verlängerung das

5*

angezogene Gesetz handelt, kann der zwischen dem Tage der Insinuation der Ladung und dem Publicationstermine inneliegende Zeitraum offenbar nicht gerechnet werden, mag man den Begriff der Nothfrist im engeren oder weiteren Sinne

(*Biener*, syst. proc. §. 59.

Linde, Lehrbuch des gem. Civilproc. §. 173. S. 247.

Osterloh, Lehrbuch des gem. deutschen Civilproc. §. 102. S. 227. fg.)

auffassen. Insofern daher die Parteien blos die Abkürzung dieses Zeitraumes vereinbart haben, kann von der Anwendung des Gesetzes auf ihre Vereinbarung unzweifelhaft nicht die Rede sein.

12.

Das Datum einer Privaturkunde liefert Dritten gegenüber nicht den Beweis, daß sie an dem bemerkten Tage ausgestellt worden.

II. Sen.-Erk. v. 25. Jan. 1859. ad no. 583/629. von 1858.

Allerdings ist in dem vorliegenden Falle die Existenz der oben erwähnten Forderungen, und daß dieselben durch Cession auf den Beklagten übergegangen seien, durch die beigebrachten, von dem Kläger Bl. anerkannten Urkunden unter D. und G. beziehentlich in Verbindung mit der für anerkannt geachteten Urkunde sub F. hinreichend dargethan; allein in Betreff der Zeit, zu welcher diese Forderung dem Beklagten cedirt worden, sind jene Urkunden zur Herstellung eines genügenden Nachweises nicht geeignet. Denn, ist auch jede der betreffenden Cessionserklärungen von einem in die Zeit vor Ausbruch des Concurses fallenden Tage datirt, so fehlt es doch, da eine gerichtliche Recognition von Seiten des Cedenten nicht hinzugetreten ist, an jeder Garantie dafür, daß das dort angegebene Datum wirklich auch dasjenige sei, unter welchem die Abtretung erfolgt ist; nach dieser Richtung hin erscheinen die Urkunden nur als unbeschworne Privatzeugnisse, welchen schon an sich Beweiskraft nicht beigelegt werden kann.

III. Wechselrecht.

1.

Die Qualität „Handelsfrau" in dem Sinne des Art. 2. Nr. 3. der A. D. W. O. kann durch Zeugnisse der Verwaltungsbeamten bescheinigt werden. Der Mangel einer eingetragenen Firma schließt diese Qualität nicht aus.

II. Sen.-Erk. v. 4. Febr. 1859. ad no. 617/692. von 1858.

Mit der Ansicht der vorigen Instanz (AG. Zwickau), daß aus dem Bl. in beglaubter Abschrift ersichtlichen Zeugnisse soviel zu entnehmen sei, daß die Beklagte das darin bezeichnete Gewerbe wirklich betreibe und zur Zeit der Indossirung der der Klage zu Grunde gelegten Anweisung bereits betrieben habe, stimmt man insoweit überein, daß dies aus jenem Zeugnisse mindestens bis zum Beweise des Gegentheiles folge. Daß nämlich der Gemeinderath des Wohnortes der Beklagten officielle Wissenschaft über die Abführung der Gewerbesteuer haben und diese amtlich bestätigen kann, erhellt aus §. 47. der Ausführungsverordnung zu dem Gewerbe- und Personalsteuergesetz vom 24. December 1848. (Ges. und Verordn. Bl. S. 382.) und den dazu gehörigen, beziehentlich 1850. anderweit publicirten Schematen (Ges. und Verordn. Bl. 1845. S. 398 flg. 1850. S. 80 flg.). Gewerbesteuer ist aber nur von solchen Personen zu entrichten, welche ein im Gesetze nicht als steuerfrei bezeichnetes Gewerbe selbstständig und auf eigene Rechnung betreiben — vergl. §. 18. und 39. des gedachten Gewerbe- und Personal-Steuergesetzes vom 24. December 1845. — Es muß daher auch von Demjenigen, welcher geschehen läßt, daß er wegen eines gewissen Gewerbes mit Gewerbesteuer belastet wird, und diese Steuer un-

weigerlich bezahlt, wenigstens bis zu dem Beweise des Gegentheiles angenommen werden, daß er das Gewerbe auch wirklich betreibe, namentlich zu der Zeit, auf welche er sie entrichtet hat, es betrieben habe. Unter diesen Umständen wäre es also in dem concreten Falle Sache der Beklagten gewesen, den Nachweis zu liefern, daß sie zu Zeit der Indossirung der Anweisung ein Nähgeschäft nicht oder nicht mehr betrieben habe, und es kann daher der nach Bl. in noch dazu unzureichender Weise bescheinigte Widerspruch in dem Termine keine Beachtung finden.

Was übrigens Beklagte nach der Richtung hin angeführt resp. beigebracht hat, daß sie eine Firma bei ihrer competenten Obrigkeit nicht angezeigt habe, erledigt sich dadurch, daß nach Art. 2. sub 3. der Allg. Deutschen Wechselordnung zwischen Handelsfrauen und solchen, welche ein anderes Gewerbe betreiben, in der hier fraglichen Beziehung ein Unterschied nicht besteht.

2.

Wechseloperationen einer als Handelsfrau qualificirten Ehefrau beziehen sich im Zweifel auf diesen Geschäftsbetrieb.

Dasselbe Erkenntniß.

Wenn Beklagte ausstellt, es habe Kläger nicht erwiesen, daß die der Klage zu Grunde gelegte Anweisung und ihr darauf gebrachtes Giro das angeblich von ihr betriebene Nähgeschäft betreffe, so ist einzuhalten, daß, wenn Jemand, welcher nach einer Richtung hin gültig zu contrahiren in der rechtlichen Lage ist, in anderen Beziehungen dagegen des Vollwortes eines Dritten bedürfen würde, in einer Form Geschäfte schließt, welche darauf hinweist, daß dies in ersterer Eigenschaft erfolgt sei, sich nicht auf den Mangel des Vollwortes beziehen darf, weil dieß im Zweifel eine von ihm zu vertretende Täuschung der Mitcontrahenten involvire, und ihm somit die replica doli entgegenstehen würde. (L. 67. D. de R. J. [L. 17.])

3.

Aus Art. 51. der A. D. W. O. folgt nicht, daß der Wechselregredient die Befriedigung der Nachmänner nachweisen müsse.

II. Sen.-Erk. v. 8. Febr. 1859. ad. no. 662/695. von 1858.

Nach Art. 41. der A. D. W. O. ist zu Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten weiter etwas nicht erforderlich, als die rechtzeitige Präsentation und Protesterhebung; die Unterlassung der in Art. 45. vorgeschriebenen Benachrichtigung hat wenigstens nicht den Verlust des Rechtes, die Wechselsumme zu fordern, zur Folge. Tritt ein Indossant, an welchen regredirt war, gegen einen früheren Indossanten oder gegen den Aussteller als Regredient auf, so ist er durch den Besitz des Wechsels und des Protestes hinreichend legitimirt und es bedarf seinerseits des speciellen Nachweises, daß er seine Wechselverbindlichkeit gegen seinen Regreßnehmer erfüllt habe, nicht. Einmal hat er in dieser Beziehung, eben weil er Wechsel und Protest in Händen hat, die Präsumtion für sich, sodann aber können auch im Wechselverkehre Fälle vorkommen, — und diese sind wirklich gar nicht selten — daß, unbeschadet seiner Restitutionspflicht, die *sofortige* Zurückerstattung von ihm nicht verlangt war.

vergl. Stern, die Lehre von den Wechseln und dem Wechsel-Verkehre. Gießen 1853. §. 69. S. 105.

Auch fordert Art. 51. der Wechselordnung, welchen Beklagter hierunter für sich angezogen hat, einen solchen besonderen Nachweis gar nicht, am wenigsten, wenn es sich blos um die aus dem Wechsel selbst sich ergebende Wechselsumme handelt und diese ist hier nur noch in Frage. Durch den erwähnten Art. hat hauptsächlich nur im Allgemeinen festgestellt werden sollen, welche Ansprüche überhaupt es seien, die der Indossant, gegen welchen Regreß genommen war, als anderweiter Regredient zu formiren, nach Befinden berechtigt sein solle.

4.

Competenz des Handelsgerichts bei Klagen aus Wechseln. Soll jedoch nicht eigentliche Wechsel- oder Wechselregreßklage angestellt werden, sondern der gewöhnliche Handelsgerichtsproceß eingeleitet werden, so bedarf es einer schlüssigen Begründung. Letztere kann durch Zugeständnisse ersetzt werden.

II. Sen.-Erk. v. 8. Febr. 1859. ad no. 626/694. von 1858.

Man kann mit dem Beklagten nicht darin übereinstimmen, daß, wie er Bl. meint, die Competenz des Handelsgerichts nur auf dem aus dem Wechselaccepte abgeleiteten Anspruche beruhe.

Die Competenz des Handelsgerichts ist überhaupt begründet „in allen Sachen, da der Beklagte ein Handelsmann ist und die im Kaufmanns-Handel und Wandel bestehen und davon herrühen."

§. 2. der Handelsgerichtsordnung vom 21. December 1682.

Nun ist aber der Beklagte ein Handelsmann, wie er durch Hinweisung auf die von ihm selbst producirte Zufertigung zu erkennen giebt. Es findet dies noch mehr Bestätigung in der in seiner jetzigen Deduction abgegebenen Erklärung, daß seinem Aufenthalte in Leipzig der Besuch der Messe zu Grunde liege.

Ferner läßt die Form, in welcher das Schuldverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten beurkundet worden, nicht daran zweifeln, daß es einem Handelsgeschäfte entsprungen ist.

Hieraus würde freilich zunächst nur soviel folgen, daß für den vorliegenden Fall die Anwendung des Handelsgerichtsprocesses, auf welchen Kläger selbst im Termine und sodann das Erkenntniß erster Instanz, ohne Widerspruch Klägers, zurückgegangen war, zulässig erscheint, damit aber zugleich für den Kläger die Verbindlichkeit bedingt gewesen sein, das ursprüngliche Rechtsgeschäft in seinen Bestandtheilen mittelst eines schlüssigen Vorbringens gehörig zu begründen, beziehentlich zu bescheinigen.

Eine solche Begründung würde durch bloße Beziehung auf den Wechselaccept da, wo eben von dem wechselrechtlichen Verfahren abgesehen werden soll, und die für diese Proceßgattung zulässige formelle Begründung nicht auf eine andere Proceßgattung übertragen werden kann, nicht vorhanden sein, indem nach der von dem

OAG. befolgten Ansicht, Tratten wie eigne Wechsel im Gegensatz von sogenannten Verschreibungen nach Wechselrecht, bei welchen die Wechselclausel nur als Verstärkungsmittel der Verbindlichkeit hinzugetreten, nur als Unterlage zu Begründung eines andern processualischen Verfahrens dienen können, wenn dem als reinen Formalcontract sich darstellenden Wechsel die rechtliche Wirkung abgeht.

cfr. Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1857. pag. 495.

Es ist jedoch dieser Mangel im vorliegenden Fall durch einen andern Umstand beseitigt, nämlich dadurch, daß Beklagter die Thatsache

> wie er dem Kläger die verschriebenen 400 Fl. Wiener Bankvaluta wirklich schuldig sei,

ausdrücklich eingeräumt hat. Dieses Geständniß ist in dem Handelsgerichtsprocesse zu einer Verurtheilung um so bestimmter ausreichend, als die Handelsgerichtsordnung in §. 13.: „daß, wo Beklagter die Schuld gesteht, er sofort in die Zahlung verurtheilt werden soll," speciell verfügt, übrigens der Beklagte eine Exception überhaupt gar nicht vorgeschützt, weniger liquid gemacht hat.

5.

Gegen Verhängung des Schuldarrestes wegen Wechselschuld schützt den Ausländer nicht der Umstand, daß die Anwendung der Wechselstrenge nach heimischem Rechte erledigt ist.

Dasselbe Erkenntniß.

War solchergestalt die Anwendung des Handelsgerichtsbrauchs wider den Beklagten gerechtfertigt, so war schon aus diesem Grunde der Einwendung:

> Daß der vom Kläger producirte Wechsel nach Oesterreichischem Rechte zu beurtheilen sei, nach diesem aber gegen einen Schuldner, der, wie Beklagter, bereits ein Jahr lang ununterbrochen im Schuldarrest sich befunden, wegen Schulden die vor oder während dieses Arrestes entstanden, ein weiterer Arrest nicht mehr verfügt werden könne,

die Beachtung zu versagen, da nach §. 1b. und §. 10. des Gesetzes vom 7. Juni 1849. der Schuldarrest mindestens in Handelsgerichtssachen unbezweifelt die Eigenschaft eines Executionsmittels hat,

und wie Bl. mit Recht hervorgehoben worden, die Frage über die Modalität der Execution als eine rein processualische nach den Gesetzen des Landes, in welchem der Proceß verhandelt wird, zu entscheiden ist.

Die Anwendung der Schuldhaft wider Beklagten ist aber durch den von ihm verbüßten einjährigen Schuldarrest nicht ausgeschlossen oder modificirt; da letzterer auf Antrag eines anderen Gläubigers verfügt gewesen ist.

cfr. Gesetz vom 7. Juni 1849. §. 21.

6.

Im Wechselproceß geht der Beklagte des Rechtes zur Diffession durch den Mangel des Erbietens in dem Termine nicht verlustig, wenn er nicht diesfalls bedeutet worden.

II. Sen.-Erk. v. 8. Febr. 1859. ad no. 662/695. von 1858.

Höchstens könnte ein Bedenken gegen die Zulassung des Beklagten zu dieser Diffession daraus hergeleitet werden, daß er nicht schon im Verhöre und vor Eröffnung des Bescheides zu derselben sich erboten, sondern erst in der Appellation gegen den nur gedachten Bescheid ad Grav. 2. verb. mit Bl. in dieser Beziehung sich geregt hat. Allein das obenerwähnte Bedenken wird jedenfalls schon dadurch beseitigt, daß aus dem Protokolle nicht hervorgeht, daß im Termine das Gericht den Beklagten in Gemäßheit der Vorschrift in §. 39. des angezogenen Gesetzes bedeutet habe.

7.

Wenn der von dem Wechselbeklagten zu Zeichnung seines (des letzteren) Namen unter ein Giro eines gewissen Wechsels Beauftragte, diese Unterschrift nicht auf diesem, sondern auf einem anderen Wechsel bewirkt, so ist der Beklagte zur Diffession namentlich auch in der Form der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XXV. §. 4. berechtigt.

Dasselbe Erkenntniß.

Zwar hat Beklagter im Verhöre auf Vorlegen der unter A und B. in beglaubten Abschriften anzutreffenden Anweisungen zugestanden, daß die auf den Rückseiten dieser Anweisungen befindlichen

Namenszeichnungen „G. F. F. . .“ von seiner Tochter, der verehel. S., bewirkt worden seien, daß er seine Ehefrau, und diese wieder seine genannte Tochter beauftragt gehabt, sein Giro auf zwei S. . . . sche Anweisungen zu bringen und diese für ihn zu indossiren, auch daß er seiner Ehefrau es überlassen gehabt habe, diesem Geschäfte selbst sich zu unterziehen, oder dazu dritter Personen sich zu bedienen; allein er hat auch ebenso bestimmt sich dahin ausgesprochen, daß der seiner Ehefrau ertheilte Auftrag ausdrücklich auf eine S. . . . sche Anweisung von 400 Thlr. und auf eine dergleichen von 150 Thlr. gerichtet gewesen sei.

Nun handelt es sich aber hier um eine Anweisung von 400 Thlr. und um eine dergleichen von 500 Thlr. Was diese letztere betrifft, so liegt es auf der Hand, daß, wenn Beklagter seiner Ehefrau bei Ertheilung des Auftrags ausdrücklich eine Anweisung über 150 Thlr. als diejenige bezeichnet hatte, die sie für ihn giriren solle, seine Ehefrau aber nachher eine auf eine weit höhere Summe gestellte Anweisung für ihn indossirte, oder durch ihre Tochter indossiren ließ, dieses Giro auf ein Papier gebracht worden ist, zu dessen Indossirung die Ehefrau Beklagtens gar keinen Auftrag hatte, daß also auch die betreffenden Erklärungen des Beklagten gar nicht den Character von Einreden an sich tragen. Ist aber dem so, so läßt sich auch nicht absehen, warum Beklagter nicht rücksichtlich dieser Anweisung über 500 Thlr. zu dem Diffessionseide zu lassen sei, denn unter solchen Umständen ist diese Diffession nicht gegen den Inhalt der Urkunde gerichtet, sie erscheint nicht als diffessio quoad contenta, welche allerdings nach §. 10. des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849. unzulässig sein würde, sondern sie berührt blos die Namenszeichnung des Beklagten.

8.

Ausstellung, Begebung oder Acceptation eines Wechsels zu den Zwecken der Erfüllung einer früheren Verbindlichkeit enthält im Zweifel eine privative Novation.

III. Sen.-Erk. v. 12. Febr. 1859. ad no. 53/56. von 1858.

Nach anderer Richtung mitgetheilt oben S. 24.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad no. 665/731. von 1858.

Nach anderer Richtung mitgetheilt S. 28.

IV. Eherecht.

1.

Vor Eingehung der Ehe vorhanden gewesene Epilepsie ist Annullationsgrund. Auf diesen wird jedoch durch Ausübung des Beischlafs nach davon erlangter Kenntniß verzichtet.

II. Sen.-Erk. v. 12. Febr. 1859. ad no. 74/12. deſſ. J.

Was den Antrag des Klägers auf Annullation der Ehe aus dem Bl. geltend gemachten zweiten Grunde anlangt, so hat man zwar der Bl. ausgesprochenen Ansicht nicht beizutreten vermocht. Denn das gerichtsärztliche Gutachten Bl. läßt nicht daran zweifeln, daß die Beklagte an Epilepsie leidet, und schon bei Eingehung der Ehe mit dem Kläger gelitten hat. Und ebenso erscheint eine Heilung von diesem Leiden nach obigen Gutachten mindestens sehr problematisch, und dann nur erst in einer späteren Zukunft bevorstehend. Nachdem Bl. bemerkt worden, daß im Allgemeinen die Epilepsie jedem Heilverfahren geringe Erfolge verspreche, heißt es dann weiter,

> daß im vorliegenden Falle, wo das Auftreten und Erscheinen der Krankheit an die sexuellen Actionen sich gebunden darstelle, doch ein späteres Verschwinden in Aussicht stehe,
>
> daß aber, wenn dies geschehe, sich mit Sicherheit nicht bestimmen lasse, auch von einem Heilverfahren nicht viel, dagegen von den klimacterischen Jahren der 33jährigen Beklagten am Meisten erwartet werden dürfe.

Der günstigste, aber immer noch als zweifelhaft dargestellte Erfolg würde hiernach darinnen bestehen, daß die Beklagte nach einer langen Reihe von Jahren erst von diesem Uebel befreit werden würde.

Nun ist ein persönliches Erforderniß zu gültiger Schließung

der Ehe Freiheit des Körpers von solchen Krankheiten und Gebrechen, welche dem ersten Zweck der Ehe wesentlich hinderlich oder der Gesundheit des anderen Theiles wegen der Ansteckung gefährlich, oder auch für die zu zeugenden Kinder als Erbübel besorglich sind, als wohin z. B. Epilepsie gehöret.

cfr. Weber, Kirchenrecht. 2. Theil. 3. Abtheilung. §. 123. pag. 1106.

Allein auch in Betreff dieses Eheannullationsgrundes gilt der Grundsatz, daß das Klagrecht cessirt, wenn der getäuschte Ehegatte nach erlangter Kenntniß von dem Vorhandensein des Ehehindernisses ausdrücklich oder durch concludente Handlungen zu erkennen gegeben hat, daß er von seinem Rechte, auf Annullation zu klagen, keinen Gebrauch machen wolle.

cfr. Weber, loc. cit. pag. 1233.

Eine solche stillschweigende Verzichtleistung ist aber anzunehmen, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Kläger, welcher schon ein Jahr nach der im Juli 1854. geschlossenen Ehe Kenntniß von dem Leiden seiner Ehefrau erhalten hat, gleichwohl mit derselben, wie die Bl. eingeräumte Erzeugung des im Jahre 1857. geborenen Kindes ergiebt, noch längere Zeit hindurch die Ehe fortgesetzt und den Beischlaf vollzogen hat.

2.

Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren ist, insofern es unter den Begriff Sodomie fällt, Ehescheidungsgrund.

II. Sen.-Erk. v. 22. Febr. 1859. ad no. 33/17. deff. J.

Nach dem Specialbefehle vom 11. August 1761. (C. C. A. 1. S. 402.) berechtigt auch Sodomiterei, die der eine Ehegatte getrieben, den andern zum Antrage auf Ehescheidung. Das im 183. Artikel des Strafgesetzbuchs bedrohte Verbrechen der Unzucht mit Kindern unter zwölf Jahren aber fällt jedenfalls dann wenigstens unter den Begriff der Sodomie, wenn den unzüchtigen Werken die Absicht der Aufreitzung und Befriedigung des Geschlechtstriebes zum Grunde lag.

Nach Bl. hat nun der Beklagte dieses Verbrechens sich wiederholt schuldig gemacht und somit erscheint das Ehescheidungsgesuch der Klägerin ganz begründet und gerechtfertigt.

3.

Freiheitsstrafen als Ehescheidungsgrund.

Dasselbe Erkenntniß.

Dazu kommt aber auch noch, daß Beklagter wegen des gedachten Verbrechens in eine dreijährige Zuchthausstrafe verurtheilt worden ist, und nach der von dem OAG. angenommenen Meinung Freiheitsstrafen, auch wenn sie die Dauer von vier Jahren nicht erreichen, einen Ehescheidungsgrund abgeben, dafern nur solche Umstände vorliegen, unter welchen dem unschuldigen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe vernünftiger und billiger Weise nicht wohl zugemuthet werden kann, derartige Umstände aber allerdings hier vorhanden sind, indem das ganze Gebahren des Beklagten, wie es nach Bl. sich darstellt, diesen als einen äußerst rohen und sittlich verdorbenen Menschen erscheinen läßt und von seiner gänzlichen Mißachtung der Heiligkeit der Ehe, sowie der gegen seine Ehefrau übernommenen Pflichten Zeugniß giebt.

4.

Requisite der Drohungen als Ehescheidungsgrund.

II. Sen.-Erk. v. 28. Jan. 1859. ad no. 43/6. deff. J.

Nachstellungen nach dem Leben und lebensgefährliche Bedrohungen können zwar an sich vollkommen geeignet erscheinen, den Antrag auf Ehescheidung zu begründen,

Webers Kirchenrecht. Thl. 2. Abth. 3. S. 1265. fg.
Lengnik, der sächs. Eheproceß. §. 36. S. 129. fg.

allein bei den blos in Worten bestehenden Drohungen solcher Art kommt es immer zunächst darauf an, daß sie unter Verhältnissen stattgefunden haben, welche die Absicht einer unmittelbaren Verwirklichung erkennen lassen, oder wenigstens nach der besonderen Gestaltung der Umstände die gerechte Furcht zu erwecken vermögen, daß der bedrohte Theil ohne Gefahr seines Lebens oder seiner Gesundheit die Ehe fortzusetzen sich nicht getraue, als worüber in dem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen die Beurtheilung vorbehalten bleiben muß.

Prüft man nun, dies vorausgesetzt, das neuerliche Vorbringen Klägers Bl., so hat dem vorigen Erkenntnisse lediglich beigetreten

werden müssen, daß solches zur Unterstützung des gestellten Scheidungsgesuchs nicht für ausreichend zu erachten sei. Denn die angeführten, Seiten der Beklagten angeblich erfolgten Aeußerungen gegen dritte Personen, wenn sie sich auch als höchst vermessene und frivole darstellen, entbehren doch aller und jeder thatsächlichen Begründung in der Beziehung, daß solche als ernstlich gemeinte zu betrachten wären, und aus irgend einem Umstande auf die Absicht deren gelegentlicher Verwirklichung auch nur entfernt geschlossen werden könnte, wie dies bereits Bl. mit Recht bemerkt worden ist.

5.

Mißhandlungen, welche, wenn auch nicht das Leben, so doch die Gesundheit des gemißhandelten Ehegatten ernstlich gefährden, begründen den Antrag auf Ehescheidung.

II. Sen.=Erk. vom 11. Febr. 1859. ad no. 55/11. deff. J.

Nach der vom OAG. befolgten Praxis ist es zu Begründung eines Antrags auf gänzliche Ehetrennung wegen erlittener Mißhandlungen zwar nicht, wie Bl. angenommen worden, erforderlich, daß solche gerade mit einer Gefahr für das Leben des klagenden Ehegatten verbunden gewesen seien, oder einen bleibenden Nachtheil für dessen Gesundheit herbeigeführt haben müßten, vielmehr reichen hierzu schon solche Sävitien aus, welche ihrer Beschaffenheit nach dem betreffenden Theile ernstlichen Nachtheil an der Gesundheit bereiten und die Besorgniß sich wiederholender gleicher Thätlichkeiten bei Fortsetzung der Ehe zu erwecken geeignet sind.

6.

Die Ehefrau hat ein Recht auf Scheidung vom Bande wegen der Gefahr, welche sie bei Fortsetzung der Ehe in Folge der Leistung der ehelichen Pflicht zu fürchten haben würde.

II. Sen.=Erk. v. 27. Jan. 1859. ad no. 23/4. deff. J.

Durch die gerichtsärztlichen Zeugnisse ist zur Genüge dargethan, daß die nach Bl. nunmehr in dem Anfange der dreißiger Jahre stehende Klägerin von der Erfüllung der ehelichen Pflichten, zumal

ihrem in geschlechtlicher Hinsicht stark ausgebildeten, in dem Eingange der vierziger Jahre stehenden Ehemanne, dem Beklagten, gegenüber, für ihre Gesundheit und ihr Leben zu fürchten und die Heilung ihres krankhaften Zustandes nicht oder doch nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten hat.

Ein solcher Zustand rechtfertigt aber, ganz abgesehen davon, in wiefern nicht hierunter bereits Rechtskraft zu Gunsten der Klägerin vorhanden, nach einer von den meisten Spruchbehörden des Landes constant befolgten Praxis,

vergl. das in dem Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1857. S. 371. sub B. abgedruckte Erkenntniß des OAG.

den Antrag auf Trennung der Ehe Seiten der gefährdeten Ehefrau.

7.

In dem Falle, wo auf Ehescheidung in vorausgesetzter Leistung eines Eides des Klägers erkannt wird, ist beiden Theilen die anderweite Verehelichung nachzulassen. — Die Kosten des Rechtsmittels in diesem Falle einer Reformatoria trägt jedoch Appellant.

II. Sen.-Erk. v. 14. Jan. 1859. ad no. 4/1. deff. J.

Nach dem beim OAG. bestehenden Gerichtsbrauche, zufolge dessen dann, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welcher das Scheidungsgesuch gestützt worden, erst noch durch einen Eid des klagenden Ehegatten in rechtliche Gewißheit gesetzt werden muß, die anderweite Verehelichung nicht blos dem letzteren, sondern beiden Theilen nachzulassen ist, war das Erkenntniß erster Instanz auf des Beklagten erste Beschwerde in dieser Maaße einer Abänderung zu unterwerfen.

Uebrigens hat man sich zur Aufhebung der Kosten des eingewendeten Rechtsmittels ebensowenig bewogen finden können. In der gedachten Abänderung, welche das Interesse der Klägerin gar nicht berührt, sondern ausschließlich nur das des Beklagten betrifft, ist hierzu kein ausreichender Grund zu finden.

Criminalrecht.

V. Zu dem Strafgesetzbuche.

1.

Fall eines gemeinschaftlich beschlossenen, jedoch durch beredungswidriges Gebahren des einen Miturhebers hinsichtlich des Anderen in die Lage einer Unternehmung mit unmöglichem Erfolge gebrachten Diebstahls. — Zu Art. 43. des StGB.

Erk. v. 2. Febr. 1859. ad no. 1415/1552. von 1858.

Zu einer Abänderung des früheren Erkenntnisses hinsichtlich des Mitangeschuldigten Sp. hat man sich um deswillen veranlaßt gesehen, weil es bedenklich erscheinen mußte, ihn bei dem in dem Bekenntnisse unter Nr. 3. aufgeführten Verbrechen, des vollendeten Diebstahls auch hinsichtlich des Stücks Tuch für schuldig zu erachten, welches Sch. sich angeeignet hat. Denn wenn schon Beide, Sp. und Sch. den vorgefundenen Ballen Tuch zu stehlen beschlossen gehabt, und zwar dergestalt, daß Jeder die Hälfte bekommen solle, so haben sie denselben doch inzwischen wieder an Ort und Stelle hingelegt. Der Diebstahl war also beschlossen, aber nicht ausgeführt. Nun ging Sch. allein hin und holte sich das größere Stück, so daß Sp., als er mit Sch., der ihm erst später von seinem Gebahren in Kenntniß setzte, den beschlossenen Diebstahl ausführen wollte, blos noch den Rest, den er sich angeignet hat, vorfand. Man kann daher nur in Bezug auf diesen Rest einen vollendeten Diebstahl bei Sp. annehmen. (Art. 50. des Strafges.-B.) Dagegen liegt hinsichtlich seiner in Ansehung des Stücks Tuch, was Sch. schon weggenommen gehabt, ein nach Art. 43. des Strf.-Ges.-Buchs zu bestrafender Versuch vor.

2.

Zu Art. 47. Abs. 1. des StGB.

Erk. v. 5. Jan. 1859. ad no. 1567/1535. von 1858.

Uebrigens würde der G. das Verbrechen der Verheimlichung der Geburt selbst dann zur Last fallen, wenn man annehmen wollte, daß sie in der Nacht vor dem Tage der Geburt und am Morgen dieses Tages, namentlich auch zur Zeit der vorerwähnten Anwesenheit ihrer Mutter bei ihr, nicht die feste Ueberzeugung, sondern nur die Vermuthung des Anstehens ihrer Niederkunft gehabt habe. Denn es würde der G. dann immer die unbestimmte Absicht. hülflos zu gebären, beizumessen und ihr somit nach Art. 47. Abs. 1, des StGB. der eingetretene Erfolg, nämlich die hülflose Geburt, ebenfalls zum Vorsatze zuzurechnen sein.

3.

Zu Art. 50. des StGB. (Miturheber.)

Erk. v. 19. Jan. 1859. ad no. 42/50. deff. J.

Erwägt man, gestützt auf H.'s eigene Geständnisse Bl., daß derselbe am Abende des 28. Nov. 1858. mit Sch. aus und auf den Markt zu Z. gegangen, nach Angehör der unzweideutig die Absicht eines Diebstahls aussprechenden Aeußerung seines Gefährten: „er wolle sehen, ob er etwas breiten werde, H. möge auf ihn warten" vor dem Hause, in welches Sch. hineingegangen, eine reichliche Viertelstunde stehen geblieben, dann bei Fortschaffung der gestohlnen Paquete behülflich gewesen und dafür allenthalben mit einem Theile des gestohlnen Gutes und der Verkaufslosung bedacht worden ist, so läßt sich keinen Augenblick zweifeln, daß man mit Recht in den zuerst erwähnten Vorgängen den Begriff der Miturheberschaft begründet gefunden hat.

Es liegt nämlich klar vor, daß der Angeklagte den verbrecherischen Plan seines Gefährten stillschweigend zu dem seinigen gemacht und an der Ausführung des Diebstahls durch Wachestehen, welches zur Sicherheit des in offener Hausflur beschäftigten Diebes nothwendig gewesen, Antheil genommen hat.

(Art. 50. des Strafges.-Buchs.)

4.

Zu Art. 91. des StGB. (Nothwehr.)

Erk. v. 23. Febr. 1859. ad no. 197/195. deff. J.

Durch die Untersuchung ist soviel thatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte S., während er, von obrigkeitlich empfangener Erlaubniß Gebrauch machend, sich auf einem der Stadtgemeinde zu M. angehörigen Wege etwas Rasen ausgestochen, an diesem Geschäfte von K. behindert worden ist. Ausdrücklich hat die zweite Instanz für erwiesen angenommen, daß K., dem ein Verbietungsrecht gar nicht zugestanden, mittelst widerrechtlichen Angriffs auf die Person des Angeklagten letzteren durch Wegnahme der Radehacke an fernerem Rasenabstechen gewaltsam zu hindern versucht habe. Der Angeklagte hat sich nicht gefügt. Derselbe ist Bl. geständig, zu K. gesagt zu haben:

„wenn er noch einmal Miene mache, ihm die Radehaue zu nehmen, wolle er ihm dieselbe um den Kopf herum hauen",

wogegen K. Bl. behauptet,

„S. habe die Radehaue zweimal erhoben und ihm (bei dem ersten Male) gedroht, daß er ihm, wenn er noch einmal die Radehacke zu nehmen Miene mache, die Radehacke in den Kopf hineinhauen werde."

Beide Aeußerungen sind nicht gleichbedeutend; die zuletzt erwähnte spricht von einem ungleich gefährlicheren Gebrauche des Instrumentes (Zufügung einer eindringenden Verletzung mittelst der Schärfe) als die erstgedachte. Von beiden Instanzen ist kein bestimmter Ausspruch darüber, ob die (übrigens unbeeidigte) Anzeige in ihrem ganzen Umfange für erwiesen anzunehmen, oder sich nur an das Geständniß zu halten sei, erfolgt, und die, allerdings auch nicht mit Bestimmtheit, vom Staatsanwalte Bl. aufgestellte Behauptung des Gegentheils entbehrt einer festen actenmäßigen Unterlage.

Gegen die Ansicht der ersten Instanz, welche den Angeklagten hierunter der Nöthigung für überführt erachtet und mit einmonatlicher Gefängnißstrafe belegt hat, ist von dem durch Einspruch angerufenen Bezirksgerichte A. Bl. in der vom Angeklagten gebrauchten bedingten Bedrohung keine strafbare Nöthigung, sondern nur

eine nach Art. 91. des StGB. erlaubte Selbstvertheidigung befunden und der Angeschuldigte straffrei gesprochen, vom Staatsanwalte aber auf Grund Art. 385. 349. II. 1. der Strf.-Proc.-Ordn. gegen dieses bezirksgerichtliche Erkenntniß Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet worden.

Das OAG. hat sich mit der diesem Rechtsmittel des Staatsanwaltes zu Grunde liegenden rechtlichen Beurtheilung nicht einverstehen können.

Auch das OAG. hält — und man steht in dieser Beziehung auf der thatsächlichen Feststellung der zweiten Instanz und innerhalb des in dieser Beziehung nicht weiter anfechtbaren Beweises — den Angriff K.'s für einen unrechtmäßigen. Glaubte K. wirklich die Handlung S.'s verhindern zu dürfen (wofür jedoch nicht die mindeste Bescheinigung geliefert worden), so war es an ihm, obrigkeitlichen Schutz zu suchen und nicht eigenmächtig in einer Weise, welche Bl. als Gewalt gegen die Person bezeichnet worden ist, vorzuschreiten. Durch den erlittenen Angriff wurde S. in den Zustand der Nothwehr versetzt. Die von ihm ausgestoßene nur bedingte Bedrohung (wobei man zu Gunsten des Angeklagten nur die von ihm eingeräumte Aeußerung für erwiesen ansehen kann) ist nicht von der Art, daß sie außer Verhältniß mit dem Angriffe stände. Der Angeklagte hat vielmehr nur in Aussicht gestellt, daß er wiederkehrende Angriffe durch Thätlichkeiten zurücktreiben wolle, mit denen die Zufügung eines schweren Uebels, namentlich in dem Sinne, wie im gemeinen Leben diese ziemlich häufige Aeußerung gebraucht wird, nicht schlechthin verbunden gedacht werden muß. Dabei ist wohl zu gedenken, daß der Richter bei Beurtheilung der Gränzen der Nothwehr sich auf den Standpunct des Angegriffenen stellen muß. Es ist von einem solchen nicht zu erwarten, daß er mit vollster Selbstbeherrschung seine Abwehr nur auf das Allernothwendigste beschränke. Lediglich der Gebrauch unverhältnißmäßiger Abwehrmittel, wofür die nur bedingungsweise ausgesprochene Bedrohung des Angeklagten nach Obigem nicht erkannt werden mögen, macht strafbar.

Von diesem Gesichtspuncte ausgehend, hat man die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes als unbegründet zu verwerfen gehabt.

5.

Zu Art. 142. des StGB. — Widersetzlichkeit von Wilddieben gegen Zollbeamte.

Erk. v. 17. Jan. 1859. ad no. 51/35. decs. I.

Ebensowenig ist daran zu zweifeln gewesen, daß sich die erwähnten Gränzbeamten in Ausübung ihrer Pflicht befunden haben. Denn eines Theils stand ihnen schon der ihnen obliegenden Zollaufsicht halber unbezweifelt das Recht zu, die in der Nacht auf einer Straße im Gränzbezirk betroffenen und bei ihrer Annäherung in das Gehölze entspringenden Personen anzuhalten, und sich über den Zweck ihrer Anwesenheit daselbst zu vergewissern, andern Theils liegt aber den Gränzbeamten nach ihrer Instruction auch die allgemeine Pflicht ob, Uebertretungen gesetzlicher Bestimmungen zu verhindern und zu überwachen.

vergl. Dienstanweisung für die K. S. Gränzaufseher §. 1. u. 2. so daß sie jedenfalls in ihrem Rechte waren und in ihrem Dienste handelten, wenn sie in der Nacht im Walde mit Schießgewehren versehene Personen anhielten und ihnen die Gewehre, mit denen sie noch überdies eine drohende Haltung gegen die Gränzbeamten annahmen, abverlangten, weshalb denn das thatsächlich festgestellte Verfahren der drei Gebrüder K. allerdings als eine grobe Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Autorität angesehen werden muß.

6.

Ausführung einer vor dem Betreten der Wohnung eines Dritten beschlossenen Realinjurie wider diesen, nachdem letzterer Verlassen der Wohnung gefordert, qualificirt einen Fall des Hausfriedensbruchs nach Art. 151. 2. des StGB.

Erk. v. 23. Febr. 1859. ad no. 201/188. decs. I.

Es ist nicht zweifelhaft, daß zu Anwendung der Bestimmung in Art. 151. unter 2. genügt, wenn nur überhaupt bei Störung des Hausfriedens Gewalt an Personen angewendet worden ist, gleichviel ob dies bereits vorher von dem Thäter beschlossen worden ist, oder nicht, und ob die Gewalt bei dem Eindringen oder erst nach demselben, in dem Locale selbst verübt worden ist.

7.

Bedrohung eines Beamten mit Thätlichkeiten, um ihn von der actuellen Ausübung seines Amtes abzuhalten, unterliegen nicht der Subsumtion unter Art. 206. resp. 203., sondern der unter Art. 142. des StGB.

Erk. v. 23. Febr. 1859. ad no. 182/196. deff. J.

Es waren die Einwendungen Bl. in sofern, als das angefochtene Erkenntniß die dem Angeklagten beigemessenen und für erwiesen erachteten, gegen den Forstaccessisten J. und den Gemeindeältesten G. gethanen Aeußerungen:

„Wenn J. das gefundene Holz aufschreibe und ihn anzeige, werde er Haue bekommen"

ingleichen

„Wenn sie nicht bald gingen, wolle er sie die Treppe hinunterwerfen,"

unter den Begriff der Bedrohung gebracht und Art. 206. des StGB. angewendet hat, nicht ohne Grund. Denn der einfache Wortlaut des letztangezogenen Artikels, ingleichen dessen Stellung im StGB. zeigt, ebenso wie die Wortfassung des Art. 207., ganz deutlich, daß sich Art. 203. nicht auf jedwede Bedrohung, sondern nur auf solche Bedrohungen bezieht, die den Zweck haben, einen Beamten rc. an der Verwaltung seines Amtes zu hindern, oder ihn zu einer Amtshandlung widerrechtlich zu bestimmen, also auf das in Art. 201. bezeichnete Verbrechen der Nöthigung. Vielmehr stellen sich die vorerwähnten Drohreden K.'s, da sie einem verpflichteten Forstaufseher gegenüber ausgesprochen wurden, der sich in Ausübung seines Amtes befand und von der Art waren, daß sie unmittelbar ausführbar erschienen, nicht als einfache Bedrohung, sondern als mit Gewaltthätigkeiten ausgeführte Widersetzlichkeit (Art. 142. des StGB.) dar.

8.

Brandstiftung an Anpflanzungen. — Zu Art. 208. des StGB.

Erk. v. 9. Febr. 1859. ad no. 115/127. deff. J.

Das OAG. tritt der ersten Instanz in der Ansicht bei, daß von dem Angeschuldigten, welcher nach seinen Bekenntnissen Bl. eine

dem Bauergutsbesitzer G. in C. gehörige Weide absichtlich in Brand gesteckt hat, hierdurch eine Brandstiftung im Sinne von Art. 208. des StGB. verübt worden sei. Wie aus den Bl. zu lesenden, von genanntem G. Bl. bestätigten, übrigens auch mit der Aussage B.'s Bl. zusammenstimmenden eignen Angaben W.'s über die einschlagenden örtlichen Verhältnisse sich ergiebt, stand gedachte Weide hart an einer Buchenhecke, die mit anderen, am Dorfe C. sich hinziehenden Hecken in Verbindung stand, und an welcher übrigens in einiger Entfernung von der fraglichen Weide noch andere Weidenbäume sich befanden. Bildete nun aber hiernach die von W. angezündete Weide einen Theil einer Anpflanzung, so muß, mit Rücksicht darauf, daß Art. 208. des StGB. unter denjenigen Gegenständen, an welchen das Verbrechen der Brandstiftung begangen werden kann, ausdrücklich Anpflanzungen mit aufzählt, die That des Inculpaten allerdings als Brandstiftung angesehen werden.

9.

Zu Art. 241 b. des StGB. — Zugleich zu Art. 349. III 1. der StPO.

Erk. v. 16. Febr. 1859. ad no. 48/58. deff. J.

Der Nichtigkeitsgrund unter 5., in sofern er bei der Bestrafung der Art. 241 b. des StGB. angezogen worden, mußte Beachtung finden. Denn sind auch die Privatankläger resp. Mitglieder des Stadtrathes und der Stadverordneten zu A., so kann doch nicht behauptet werden, daß ihnen als bei Vornahme der Gewerbe- und Personalsteuer-Catastration mit zugezogenen städtischen Deputirten gerade in dieser ihrer Eigenschaft besondere Achtung oder Ehrfurcht gezollt werden müsse. Diese Qualität kann ihnen einen Anspruch darauf nicht gewähren, und es war daher bedenklich, die Bestimmung im Art. 241 b. für anwendbar zu achten.

Da nun aber aus der Fassung des Bescheides nicht zu ersehen, um wie viel jener Erschwerungsgrund die Strafe innerhalb des Strafmaaßes erhöht hat, so mußte der Bescheid in seiner Totalität aufgehoben werden.

10.

Der Erschwerungsgrund des Art. 5 2a. des Ges. vom 11. Aug. 1855. die Forst ꝛc. Vergehen betr., leidet nicht Anwendung bei dem sog. Stoppeln von Kartoffeln.

Erk. v. 17. Jan. 1859. ad no. 32/34. deff. 3.

Anlangend den Erschwerungsgrund unter 2 a., so folgt dessen Vorhandensein daraus, daß die S.'schen Eheleute und die H. die fraglichen Kartoffeln nach Bl. gestoppelt haben, um deswillen nicht, weil die Bestimmung Art. 5. 2a. des Forst-Strafges. unzweifelhaft solche Gegenstände, die bereits von dem Eigenthümer, jedoch unter einstweiliger Beanstandung des Einbringens in seinen Gewahrsam, an sich genommen worden, voraussetzt, hierzu aber Kartoffeln, die bei der Aberndtung eines Feldes nicht mit eingesammelt und daher daselbst zurückgelassen worden sind, nicht gerechnet werden können.

11.

Bei Felddiebstählen ist Ersatz nach Befinden Strafausschließungs-, nicht aber Strafminderungsgrund. — Es kann bei solchen nicht auf Verweis erkannt werden. — Die Nichtbeachtung dessen involvirt Nichtigkeit.

Erk. vom 28. Febr. 1859. ad no. 186/172. deff. 3.

Die Angeschuldigten sind wegen Felddiebstahl in dem Bescheide Bl. eine Jede mit einem Verweise belegt worden. Gegen diesen Bescheid hat der Staatsanwalt zu F. Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Bei Beurtheilung dieses Rechtsmittels muß die Beweis- und Schuldfrage gänzlich außer Betracht bleiben, und man hat sich daher darüber nicht auszulassen, ob allen drei Inculpatinnen auf Grund ihrer Geständnisse ein vollendeter, durch die erfolgte Entäußerung des Gestohlenen nicht etwa straflos gewordener Felddiebstahl auch wirklich zur Last falle. Hat nun aber das Gerichtsamt F. einmal angenommen, daß eine Jede der genannten Frauenspersonen sich eines vollendeten strafbaren Felddiebstahls schuldig gemacht habe, so konnte, da nach Art. 26. des Gesetzes vom 11. Aug. 1855. die Forst-, Feld ꝛc. Diebstähle ꝛc. betr., der Ersatz als Strafminderungsgrund (Art. 298. des StGB.) bei den im ersten Absatze des Art. 1. des

angezogenen Forststrafgesetzes mit absoluten Strafen bedrohten Vergehen ausgeschlossen ist, vielmehr der Ersatz hier nur als Strafausschließungsgrund (Art. 296. des StGB.), dafern die diesfallsigen Voraussetzungen vorhanden sind, Geltung hat, nimmermehr auf einen einen Verweis erkannt werden. Denn nach Art. 31. des StGB. kann ein Verweis nur dann stattfinden, wenn die dem Angeschuldigten zur Last fallende Handlung mit Gefängnißstrafe oder mit Geldstrafe, beides ohne Festsetzung eines Mindestbetrags, bedroht ist. Bei den Forst- und Felddiebstählen ist aber der Mindestbetrag der Gefängnißstrafe fixirt. Es darf nach Art. 1. des Gesetzes vom 1. August 1855., jene Diebstähle betreffend, nicht unter zwei Tagen Gefängniß erkannt werden. Es ist daher in dem Bescheide eine geringere Strafart gewählt worden, als wie in der eben gedachten Gesetzesstelle, verbunden mit Art. 2. u. 25. des Forststrafgesetzes und Art. 31. des StGB. nachgelassen ist.

Auf Grund der Art. 377. und 349. II. 2. der StPO. war der Bescheid aufzuheben, und zugleich dahin Anordnung zu treffen, daß anderweit in der Sache erkannt werde.

VI. Zu der Strafproceßordnung.

1.

Benutzung der Aussagen eines elfjährigen Kindes bei dem Ueberführungsbeweise. — Zu Art. 10. der StPO.

Erk. vom 21. Febr. 1859 ad no. 184/171 deff. 3.

Wenn schon nach Art. 225. der StPO. Personen, welche das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, nur als Zeugen zur Auskunftsertheilung befragt, aber nicht vereidet werden sollen, und in dieser Beziehung solchen Personen, die sich nicht verständlich machen können, oder den vollen Vernunftgebrauch nicht haben, oder wegen Meineides Strafe erlitten, gleichgestellt worden sind, so ist doch durch diese Vorschrift die richterliche Prüfung in der Richtung,

ob der minderjährige Zeuge zu der Zeit der angegebenen Wahrnehmung dieselbe, seines damaligen jugendlichen Alters ungeachtet, gehörig zu machen im Stande war, nicht ausgeschlossen.

Dr. Schwarze, Commentar zur StPO. Thl. 1. S. 306.

vielmehr stimmt die Vorschrift in Art. 10. der StPO., wonach die Richter, soweit sie über thatsächliche Verhältnisse zu urtheilen haben, nur an ihre, durch die vorliegenden Beweise gewonnene Ueberzeugung gebunden sind, mit der auf allgemein anerkannten Grundsätzen des Criminal-Processes beruhenden früheren Vorschrift in Art. X. des Gesetzes vom 30. März 1838. überein.

Allgem. Ger.-Zeit. Band II. S. 99 fg.

Im vorliegenden Falle ist nun den Angaben der (elfjährigen) Sch. um so mehr Glauben beizumessen, als sie sich auf Thatsachen beziehen, welche außerhalb der gewöhnlichen Erfahrungen eines Kindes liegen und mit denjenigen Angaben übereinstimmen, welche die Sch. alsbald nach den erlittenen Mißhandlungen gegen die M.'schen Eheleute und den Gensdarm W. gemacht hat.

2.

Der unmotivirte Widerruf eines in der Voruntersuchung abgelegten Geständnisses in der Hauptverhandlung ist unbeachtlich.

Erk. vom 3. Januar 1859. ad no. 1538/1523. von 1858.

Der Angeschuldigte hat in der Voruntersuchung die ihm beigemessene Entwendung zweier Würste unumwunden eingeräumt, und die Beweiskraft dieses, ihm in der Hauptversammlung wieder vorgehaltenen Zugeständnisses hat nach den von dem OAG. hierüber angenommenen und bereits

vergl. allgemeine Gerichtszeitung 1ster Jahrg. S. 312 fg.

wiederholt ausgesprochenen Grundsätzen, dadurch allein, daß Inculpat in der Hauptverhandlung von demselben wieder zurückzugehen versucht und nunmehr behauptet hat, er habe die Würste später bezahlen wollen und habe solches auch gegen den Tischler W., der sich bei der betreffenden Gelegenheit in der St.'schen Stube mit befunden, geäußert, um so weniger wieder aufgehoben werden können, als das Vorgeben Bl., er habe dieses Umstandes in der Voruntersuchung nur um

des willen keine Erwähnung gethan, weil er darüber nicht befragt worden, sich als ein ganz leeres und wahrheitswidriges darstellt, da diese neuerliche Behauptung mit dem gedachten Zugeständnisse in keiner Weise zu vereinigen ist, dieselbe vielmehr im Wesentlichen nichts weiter, als einen völlig unmotivirten Widerruf enthält.

3.

Bei Beurtheilung der Frage: ob eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Verweisungserkenntniß begründet sei, kann auf den Stand der Beweisfrage nicht eingegangen werden.

Erk. vom 31. Jan. 1859. ad no. 76/73. deff. I.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, daß bei Prüfung des gegen das Verweisungs-Erkenntniß eingewendeten Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde es sich nicht darum handelt, ob die in Bezug genommenen Thatsachen bereits mehr oder weniger wahrscheinlich gemacht sind, und ob künftig ein zur Ueberführung des Angeschuldigten ausreichender Beweis derselben werde geführt werden können oder nicht, sondern lediglich darum, ob diese Thatsachen an sich betrachtet unter das Strafgesetz fallen. Letzteres aber kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen. Die Verwendung fremder, Kraft seines Amts in seine Hände gelangten Gelder in seinen eignen Nutzen würde nach Artikel 287. des Strafges. Buchs nur unter der Voraussetzung als straflos sich darstellen, wenn der Angeschuldigte — in Betreff dessen zur Zeit nicht vorliegt, daß er als verpflichteter Cassenbeamter zu betrachten wäre — die wohlbegründete Ueberzeugung gehabt hätte, die Gewähr entweder zur bestimmten Zeit, oder wenn eine solche nicht bestimmt worden, auf jedesmaliges Verlangen des Berechtigten ohne Verzug leisten zu können. Wäre nun das Anführen des Angeschuldigten, während des Zeitraums, um welchen es sich handelt, einen Landrentenbrief von Einhundert Thalern besessen zu haben, begründet, so würde ein strafloser Fall allerdings vorliegen. Allein die Anschuldigung geht dahin, daß dieses Anführen unbegründet und überhaupt der Angeschuldigte nicht in der Lage gewesen sei, die in seinem Nutzen verwendeten Posten auf Verlangen sofort herbeizuschaffen, daß er

den Besitz des Landrentenbriefs der Wahrheit zuwider vorgespiegelt in Betreff der Post von 38 Thlrn. 19 Ngr. — zu dem wahrheitswidrigen Vorgeben, dieselbe bereits abgesendet zu haben, seine Zuflucht genommen, daß er inzwischen durch Aufnahme eines Darlehens sich erst das nöthige Geld verschafft habe, daß aber seine mißlichen, pecuniären Verhältnisse es nicht als eine wohlbegründete Ueberzeugung, sondern als sehr zweifelhaft hätten erscheinen lassen, ob er ein solches wirklich erlangen würde.

Würden nun diese Voraussetzungen als erwiesen angenommen, so würden die Strafbestimmungen von Art. 287. des Strafges. Buchs auf den Angeschuldigten allerdings Anwendung leiden. Die eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde hat daher, ohne daß man auf das Materielle irgendwie noch näher einzugehen für jetzt berechtigt oder verpflichtet wäre —

cfr. Art. 246. Abs. 3. der Strafproceß-Ordn. —

als unbegründet zurückgewiesen werden müssen.

4.

Nichtigkeitsbeschwerde ist begründet, wenn ein Anschuldigungspunct im Erkenntnisse gänzlich übergangen ist.

Erk. v. 23. Febr. 1859. ad no. 182/196. deff. J.

Das Erkenntniß enthält in sofern eine wesentliche Lücke, als es sich über ein dem Angeklagten beigemessenes Vergehen, den Bl. angezeigten Forstdiebstahl, wegen dessen K. speciell vernommen worden ist, gar nicht ausspricht, denselben weder für erwiesen, noch für unerwiesen erklärt, und den Angeklagten deßhalb weder frei spricht noch bestraft.

Das Erkenntniß verstößt daher gegen die Vorschrift in Art. 302. der StPO. und mußte insoweit das von der Staatsanwaltschaft eingewendete Rechtsmittel für begründet angesehen werden.

5.

Wenn zu Rechtfertigung der Condemnotaria nur auf einen die Definition des Verbrechens, nicht aber auf einen die Straffestsetzung enthaltenden Artikel des StGB. Bezug genommen ist, so ist Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 349 I.2. der StPO. gerechtfertigt.

Erk. v. 19. Jan. 1859. ad no. 52/39. deff. J.

Die in der vorliegenden Sache von dem Gerichtsamte zu C. geführte Untersuchung und der auf die Ergebnisse dieser Untersuchung basirte Bescheid Bl. sind, vom materiellen und formellen Gesichtspuncte aus, völlig ungenügend. Auf die, gegen den gedachten Bescheid tempestiv erhobene Nichtigkeitsbeschwerde war solcher, aus dem Bl. unter 2 aufgeführten richtigen Grunde, als formell ungültig aufzuheben. Es ist nämlich in dem Bescheide gegen die für eine wesentliche zu achtende Festsetzung im Art. 304. unter 2. und Art. 363. der StPO. gefehlt worden, der Bescheid daher nach Art. 349. unter I. 2. und 377. der StPO. nichtig. Das Allegat des Art. 272. des StPO. Bl. ist höchstens geeignet, dem Erfordernisse unter 1. im Art. 304 der StPO. zu genügen, kommt aber bei dem unter 2., um so weniger in Betracht, als Art. 272. nur eine Definition des Diebstahls giebt, und keine Straffestsetzung enthält, und es hiernach vollkommen ungewiß bleibt, ob das Gerichtsamt das K'n. beigemessene Verbrechen für einen einfachen Diebstahl mit erschwerenden Umständen, oder für einen Forstdiebstahl angesehen habe.

6.

Eine, Nichtigkeitsbeschwerde rechtfertigende, Verletzung der Vorschrift des Art. 243. Abs. 3. liegt nicht vor, wenn der unberücksichtigte Antrag eine außerhalb der richterlichen Function liegende Vornahme bezweckte.

Erk. v. 16. Febr. 1859. ad no. 48/58. deff. J.

Das Moment unter 8. war nicht geeignet die Nichtigkeitsbeschwerde zu begründen. Zwar soll nach Artikel 243. Absatz 3. und Artikel 377. Abs. 2. der StPO. der Richter auf jeden Antrag eine Resolution fassen und solche dem Antragsteller eröffnen. Allein

es versteht sich von selbst, daß hier ein solcher Antrag vorausgesetzt wird, der die richterlichen Functionen berührt und über welchen daher der Richter als solcher zu cognosciren hat.

Offenbar liegt aber das Bl. erbotene Attest außerhalb der richterlichen Functionen. Denn ein Richter als solcher kann über den Krankheitszustand einer Person ein Zeugniß nicht ausstellen.

7.

Ungenügende Erhebung des Thatbestandes ohne Verletzung allgemeiner processualer Vorschriften rechtfertigt nicht Richtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

Erk. v. 24. Jan. 1859. ad no. 13/62. deff. I.

Beim ersten Gravamen der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwalts bei dem Bezirksgerichte Z. wird nicht Verletzung allgemeiner strafprocessualer Vorschriften gerügt, sondern vielmehr, und zwar allerdings nicht ohne Grund, die vom Untersuchungsgericht im vorliegenden Falle gewählte Modalität der Erhebung des Thatbestandes als ungenügend bezeichnet. In dieser die Beweisfrage betreffenden Richtung stand aber dem Staatsanwalte, wie aus Art. 338. und 359. verb. mit Art. 377. und 379. der StPO. hervorgeht, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde keineswegs zu, und es ist folglich die vorliegende Nullitätsbeschwerde bezüglich des ersten Beschwerdepunctes für unzulässig zu achten.

8.

Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde Seiten der Staatsanwaltschaft wegen mangelhafter Beweisaufnahme ohne Verletzung bei Strafe der Nichtigkeit ertheilter, oder im concreten Falle wesentlicher das Strafverfahren betreffenden allgemeinen Gesetzesvorschriften.

Erk. v. 17. Jan. 1859. ad no. 32/34. deff. I.

Gegen ein, eine gerichtliche Untersuchung beendendes Erkenntniß des Einzelrichters steht der Staatsanwaltschaft deßhalb, weil ihrer Meinung nach die Beweisaufnahme im concreten Falle unvollständig

erscheine, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu. Nur dann kann der Staatsanwalt wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens bei der Beweisaufnahme nach Art. 349. I. 1. verb. mit Art. 377. der StPO. gedachtes Rechtsmittel einwenden, wenn das Gericht eine das Strafverfahren betreffende allgemeine Gesetzesvorschrift, die entweder bei Strafe der Nichtigkeit ertheilt ist, oder doch im concreten Falle und zwar auch nach den dem Erkenntnisse zu Grunde liegenden factischen Feststellungen und rechtlichen Ansichten, wesentlich erscheint, verletzt oder unrichtig angewendet hat. Hieraus ergiebt sich von selbst die Unzulässigkeit der gegenwärtig vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde bei den Beschwerdepuncten unter a. 1. u. b. 4.

9.

Der Ausdruck „Strafverfahren" in Art. 349 I. 1. der StPO. umfaßt nur formelles Recht.

Erk. v. 31. Jan. 1859. ad no. 68/83. deff. J.

In materieller Beziehung hat der Staatsanwalt vollkommen recht. Es hätte gegen G., da derselbe bereits zweimal (vergl. die Straftabelle Bl. unter e. u. f.) wegen Diebstahls criminell mit Gefängniß bestraft worden, unbeschadet des in Art. 90. des StGB. geordneten Milderungsgrundes, der 23. Abschnitt des Art. 300. im StGB. angewendet werden sollen. Das OAG. hat sich jedoch aus einem formellen Grunde an Aufhebung des unrichtigen Bescheides behindert gesehen.

Wenn nämlich der Staatsanwalt sein Rechtsmittel auf die Vorschrift in Artikel 349, I. 2. der StPO. gestützt hat, so ist das irrig, da es sich um rechtliche Beurtheilung des Straffalles und dessen Einreihung unter die entsprechende Vorschrift des StGB., nicht um eine das Strafverfahren betreffende Vorschrift handelt.

10.

Unterlassene Anwendung der richtigen Gesetzstelle bildet nicht den Nichtigkeitsgrund des Art. 349. II. 2. der StPO.

Erk. v. 17. Jan. 1859. ad no. 32/34. deff. J.

Obschon die StPO. (Art. 349. II. 2.) der Staatsanwaltschaft dann das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das End-

erkenntniß einräumt, wenn das Gericht, ohne Anführung eines gesetzlichen Grundes dafür, entweder auf eine geringere, als die in der angewendeten Gesetzstelle nachgelassene Strafart, oder unter das in derselben bestimmte niedrigste Strafmaaß erkannt hat, so folgt doch daraus keineswegs, daß die Staatsanwaltschaft auch deshalb, weil eine nicht angewendete Gesetzesvorschrift anzuwenden gewesen wäre und solchenfalls zu einer höhern Strafe hätte gelangt werden müssen, zu Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde befugt sei. Eben so wenig enthält die StPO. eine sonstige Bestimmung, aus der ein derartiges Befugniß der Staatsanwaltschaft zu entnehmen wäre, und es stellt sich daher die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich des Gravamens unter b. 3. als unzulässig dar.

11.

Nichtigkeitsbeschwerde des Privatklägers auf Mängel des Beweises gerichtet ist unzulässig.

Erk. v. 24. Jan. 1859. ad no. 75/65. deff. J.

Daß die angezogene Nichtigkeitsbeschwerde, deren sich ein Privatankläger rücksichtlich des von ihm verfolgten Verbrechens in gleicher Maaße, wie die Staatsanwaltschaft innerhalb des ihr angewiesenen Geschäftskreises, bedienen kann, (Art. 32. d. StPO. zum Schlusse), um deswillen, weil sie lediglich auf angebliche Mängel des Beweises: Unterlassung einer Confrontation und einer Zeugenabhörung gerichtet worden, in dieser Richtung aber nach gemessener Vorschrift der StPO. Art. 349. I. und II. verb. mit Art. 377. nicht Statt hat, als unzulässig zu verwerfen.

Nachtrag zu S. 15.

Unter dem 10. Juni 1859 hat die Juristenfacultät zu Leipzig den Oberappellationsrath Franz Paul Alfred Du Chesne zum Doctor der Rechte creirt.

I.

Zwei Fragen aus dem Sächs. Hypothekenrechte

Von Herrn Oberappellationsrath Siegmann.

1) Ueber die Eintragung von Erziehungsverbindlichkeiten in das Grund- und Hypothekenbuch.

Bei einem zur Entscheidung des OAG. gelangten Rechtsfalle ist in den, im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1858 Nr. 37. S. 289. abgedruckten Erkenntnissen u. a. der Satz ausgesprochen worden, daß die von einem Grundstücksbesitzer übernommene Verbindlichkeit zur Erziehung unmündiger Kinder *) nicht ohne Ausmittelung und Eintragung einer bestimmten Haftsumme (§. 48 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843) hypothekarisch sicher gestellt werden könne. Da sich die damaligen Erkenntnisse, nach denen das Suchen der Klägerin auch noch aus einem andern Grunde in der angebrachten Maaße abgewiesen werden mußte, innerhalb der Gränzen des zur Entscheidung vorgetragenen Falles zu halten hatten, so erscheint es gerechtfertigt, daß man sich dabei nur über die Zulässigkeit des ohne Haftsumme erfolgten Eintrags nach dem damals vorliegenden Vertrage ausgesprochen hat, ohne sich im Allgemeinen darüber zu verbreiten, wie der Eintrag derartiger Erziehungsverbindlichkeiten, je nach der Verschiedenheit ihres

*) Wie sie nämlich in jenem Prozesse ihrem Umfange und den sonstigen Verhältnissen nach ausbedungen worden war.

Umfangs und der Verhältnisse, unter denen sie entstehen können, den hierher gehörigen Bestimmungen des Hypothekengesetzes *) entsprechend, im Grund- und Hypothekenbuche zu verlautbaren seien. Es hat indeß die Veröffentlichung jener Erkenntnisse die mittelbare Veranlassung zu einer ausführlichern Behandlung dieser Frage für das OAG. dargeboten und das letztere hat dabei im Wesentlichen folgende Grundsätze angenommen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob „Erziehungsverbindlichkeiten" ohne Angabe einer bestimmten Summe, nach deren Höhe das verpfändete Grundstück haften soll, eingetragen werden dürfen, muß zunächst in Betracht gezogen werden, unter welchen Verhältnissen und in welchem Umfange die Verbindlichkeit entstanden, und aus welchem Rechtstitel (zu Erlangung einer Hypothek) der Eintrag beansprucht worden ist.

Hinsichtlich ihres Umfanges kann sich die Verbindlichkeit auf bloße persönliche Bemühungen und auf gewisse einzelne Naturalleistungen, wie z. B. Gewährung freier Wohnung (Herberge) in einem bestimmten Grundstücke, Beaufsichtigung, Wartung, Pflege u. s. w. erstrecken; sie kann aber auch weiter gehen und die unentgeltliche Gewährung alles dessen in sich begreifen, was zur Ausbildung und zum persönlichen Unterhalte des Aufzuziehenden erforderlich ist.

Walther, Bedeutung und Umfang des Wortes Alimente, in der Zeitschrift f. Civilr. und Prozeß, Band XX. no. VIII. S. 344.

In der Regel wird man jetzt unter Erziehung nicht blos die persönliche Aufsicht und Fürsorge für die geistige und sittliche Ausbildung, sondern auch die Gewährung des nothwendigen, nach Befinden des standesmäßigen Unterhaltes an Wohnung, Kleidung, Kost ꝛc. und eines entsprechenden Unterrichts

---

*) §§. 48. 49. 179. des Gesetzes und §§. 20. 64. 65. 67 der Ausf. Verordnung v. 15. Februar 1844.

mit zu verstehen haben. Solchenfalls kommen also nicht blos persönliche Mühen und Dienste, sondern auch mehr oder minder umfängliche Geldleistungen des Verpflichteten vor.

In Betreff des Entstehungsgrundes einer solchen, mehr oder minder beschränkten, Verpflichtung aber ist zu bemerken, daß dieselbe entweder als Gegenstand eines Auszuges (§. 41 des ang. Gesetzes) bedungen und übernommen, oder außer dem Falle des Auszugs durch Gesetz*), Vertrag oder letztwillige Verfügung begründet worden sein kann.

Daß nämlich, wenn auch in gewisser Beschränkung, die Verbindlichkeit zur Erziehung dritter Personen, Gegenstand eines wirklichen Auszuges sein könne, dürfte sich weder nach den Vorschriften des Hypothekengesetzes, noch auch nach den vor dem Eintritte des letzteren befolgten und insbesondere den in der Bekanntmachung des OAG. vom 2. October 1839 zusammengestellten Rechtsgrundsätzen bezweifeln lassen. Nach diesen besteht das wesentliche Kennzeichen des, als onus reale zu betrachtenden und durch die nothwendige Subhastation nicht erlöschenden Auszugs darin, daß derselbe von dem Eigenthümer des Grundstücks bei einer Veräußerung des letzteren unter den Lebenden vorbehalten, oder durch letztwillige Verfügung dem Grundstücke auferlegt worden ist. Bei der Veräußerung unter den Lebenden konnte ein Auszug ebensowohl für dritte Personen, als für den bisherigen Besitzer bestellt werden. Auch war das Reservat eines solchen nicht auf die Erzeugnisse des zu belastenden Gutes, noch überhaupt auf Naturallieferungen, noch endlich auf das nothwendige Bedürfniß des Auszugsempfängers selbst beschränkt. Demnach war es zulässig, wenn, wie dieß auch erfahrungsmäßig auf dem Lande noch jetzt häufig geschieht, der Civilbesitzer eines Grundstücks sich bei dessen Veräußerung von dem Käufer als Auszug stipulirte, daß derselbe seine, des Ver-

*) Die Bestellung einer Hypothek wegen gesetzlicher Alimentationspflichten wird nicht leicht vorkommen, ist aber nicht unzulässig.

käufers Kinder im Gute erziehe; und nur dann, wenn die Verpflichtung des Erwerbers sich etwa auf die unentgeltliche Gewährung des vollen Unterhaltes (s. g. alimenta naturalia et civilia) erstrecken sollen, hätte die Zulässigkeit eines diesfälligen Auszugsreservates bedenklich erscheinen müssen.

Das Gesetz vom 6. November 1843 hat an diesen Sätzen nichts geändert. Das charakteristische Merkmal des Auszugs, wodurch sich derselbe von andern in Bezug auf die objective Beschaffenheit der Leistungen ähnlicher Verpflichtungen unterscheidet, besteht nach §. 41 des Gesetzes auch gegenwärtig darin, daß dasselbe bei der Veräußerung des damit zu belegenden Grundstückes als solches vorbehalten, oder dem Grundstücke durch die letztwillige Disposition des bis zu seinem Tode im Civilbesitze verbliebenen Eigenthümers auferlegt worden ist.

Dagegen geben die Worte des §. 41:

„Auch ist Jeder, für den ein Auszug ꝛc. bestellt worden ist, berechtigt, die Eintragung desselben in das Grund- und Hypothekenbuch unter den Schulden der Grundstücke zu verlangen."

sehr deutlich zu erkennen, daß ein wahrer Auszug bei Veräußerungen unter den Lebenden nicht blos für den Veräußerer, sondern auch für dessen Kinder, Anverwandte oder dritte Personen bestellt werden kann.

Ebenso wenig enthält das Gesetz in Bezug auf den Gegenstand der Auszugsleistungen eine besondere Beschränkung, und daß namentlich auch Leistungen wie Wartung, Pflege, Erziehung, die letztere wenigstens in jenem beschränkteren Umfange, Gegenstand des Auszugs werden können, scheint im §. 20 der Ausführungsverordnung anerkannt zu werden.

Ist nun im gegebenen Falle die Erziehungsverbindlichkeit als Object eines wirklichen, den Bestimmungen des §. 41 gemäß bestellten Auszuge anzusehen; so kann auch nach der fernern Vorschrift im §. 179 des Gesetzes und §§. 64. 65 der Ausführungsverordnung kein Zweifel obwalten, daß dieselbe

ohne Rücksicht auf die Bestimmungen in §. 48. des Gesetzes, mithin ohne Festsetzung einer Summe, nach deren Höhe das Grundstück wegen der Erziehungspflicht haften soll und lediglich in der auf dem Schema no. 10. S. 83. des Gesetz- und Verordnungsblattes v. J. 1844 sub no. 3/I. ersichtlichen Form, nach Befinden, unter Vorsetzung eines besondern Buchstaben, in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen sei.

Anders gestaltet sich aber die Beurtheilung der Sache, wenn dem Besitzer eines Grundstücks eine Erziehungs- und Alimentationsverbindlichkeit obliegt, welche sich entweder auf gesetzliche Vorschriften, oder auf einen Vertrag, oder auf eine letztwillige Verfügung anderer Art als in den §. 41. erwähnten Fällen der Auszugsbestellung gründet. Eine Verpflichtung dieser Art ist an sich eine persönliche, welche nur durch Bestellung einer Hypothek dingliche Sicherheit erlangen kann*). Soll diese letztere gewährt werden, so sind dabei alle die Erfordernisse zu beobachten, welche das Gesetz für die Bestellung einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek vorgezeichnet hat.

Hierzu gehört aber nächst andern die in §. 48. enthaltene, aus dem Principe der Specialität fließende Vorschrift: daß nur Forderungen, welche der Summe nach bestimmt sind, in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden dürfen, demnach aber, wenn die Größe eines durch Hypothek sicher zu stellenden Anspruchs unbestimmt ist, behufs der Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch ein Betrag bestimmt werden muß, nach dessen Höhe das Grundstück wegen dieses Anspruchs haften soll.

Daß der Anspruch auf Unterhalt und Erziehung, selbst in solchen Fällen, wo sich die Verbindlichkeit auf gewisse Naturalleistungen des Erziehers beschränken soll, denjenigen Ansprüchen beizuzählen sei, deren Größe oder Geldwerth unbestimmt

*) Von dem singulären Fall, den Heyne, Erörterungen 2c. n. XI. S. 163, bespricht, wird weiter unten die Rede sein.

ist, wird sich nicht bezweifeln lassen. Wollte man den §. 48. auf derartige Ansprüche nicht anwenden, so würde man seine Anwendbarkeit im Principe auf reine Geldleistungen beschränken müssen, welche nur ihrem Betrage und resp. ihrer Existenz nach sich zur Zeit der Hypothekenbestellung noch nicht constatiren lassen, wie z. B. wenn wegen eines Entschädigungsanspruchs, wegen Ersatzverbindlichkeiten, die aus einer Vermögensadministration entstehen können, wegen der vertragsweise übernommenen Verpflichtung, den Mehrbetrag einer künftigen Kaufsumme oder ein Ablösungscapital mit dem Verkäufer zu theilen, ein Pfandrecht eingeräumt werden soll.

Zu solcher Beschränkung berechtigen aber den Richter weder die Worte noch der Zweck des Gesetzes. Die Worte nicht, weil der §. 48. ganz im Allgemeinen vorschreibt, daß nur Forderungen, welche der Summe nach bestimmt sind, in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden dürfen, und daß Ansprüche, deren Größe, d. h. also deren Geldwerth unbestimmt ist, nach einer erst noch auszumittelnden Haftsumme eingetragen werden sollen. Eine Unklarheit oder ein Mangel der Bestimmtheit ist dem Gesetze hier gewiß nicht vorzuwerfen. Nach dem Zwecke des Gesetzes nicht, weil vermöge des Principes der Specialität, das Grund- und Hypothekenbuch für diejenigen, welche, im Vertrauen auf dasselbe, Rechte, namentlich Eigenthums- und Pfandrechte an Grundstücken erwerben wollen, außer der Sicherheit, die ihnen durch das Princip der Oeffentlichkeit (§. 22. f.) hinsichtlich der Existenz und gegen die Anfechtung des erworbenen Rechtes gewährleistet wird, auch der Vortheil erreicht werden soll, daß ihnen die Einsicht des Grund- und Hypothekenbuchs eine möglichst genaue Auskunft über den Umfang, in welchem das Grundstück bereits belastet ist, ertheilt. Dieser Zweck aber könnte nicht, oder doch nur sehr unvollständig erreicht werden, wenn man Verpflichtungen irgend einer Art, deren Geldwerth sich gar nicht übersehen läßt, ohne Feststellung der Haftsumme verlautbaren wollte.

Es kann aber auch der Anspruch eines Erziehungs- und Alimentenberechtigten in Bezug auf die Hypothekenbestellung und deren Effect, von Anfang an als der Anspruch auf eine eventuelle Geldleistung, deren Betrag sich zur Zeit des Eintrags noch nicht übersehen läßt, aufgefaßt werden. Denn nach §. 80. des Gesetzes kann der Hypothekengläubiger nicht die Abtretung des verpfändeten Grundstücks, sondern nur seine Befriedigung aus dem Erlöse oder Nutzertrage des letzteren im Wege der Subhastation oder Sequestration vermittelst der hypothekarischen Klage fordern. Diese Befriedigung muß also immer durch eine Geldzahlung erfolgen können.

Die Schwierigkeiten, welche sich hinsichtlich der Ermittelung der geeigneten Haftsumme darbieten können, und die bekanntlich bei der ständischen Berathung des Gesetzes zu ausführlichen Erörterungen Anlaß gaben, können nicht für eine restrictive Interpretation der an sich klaren und allgemeinen Vorschrift des Gesetzes geltend gemacht werden, und die Grundprincipien des Gesetzes sind für die Sicherheit des Realverkehrs und die Hebung des Realcredits so wichtig und folgenreich, daß eine consequente Anwendung derselben nicht zu umgehen ist.

Nun enthält zwar der §. 49. einige Ausnahmen von dieser Regel; es soll weder bei Forderungen einer bestimmten jährlichen Rente (in Geld) eine Bestimmung in Kapital, noch bei Forderungen bestimmter Abentrichtungen oder Leistungen, die nicht in baarem Gelde bestehen, eine Veranschlagung zu Gelde zum Zwecke der Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erfordert werden. Eine ähnliche Abweichung könnte man auch in den Vorschriften über die Zinsen und Kostenhypotheken finden. Wie aber in Betreff der letzteren schon durch die weiteren Vorschriften in §§. 69. und 71. die Haftsumme sich für den Fall der nothwendigen Versteigerung unschwer berechnen läßt und hinsichtlich der Kosten durch das Gesetz selbst die außer dem Falle einer besonderen Vereinigung

eintretenden Maximalsummen der Haftung normirt worden sind; so scheint sich die Vorschrift in §. 49. nach Anleitung dessen, was im §. 20. der Ausführungsverordnung hauptsächlich auf solche Naturalleistungen zu beziehen, welche Gegenstand eines wirklichen Auszuges sein können und zu sein pflegen. In Ansehung der Leibrente aber ist eine Angabe in Kapital nach den Bestimmungen des §. 70. ebenfalls entbehrlich, weil nach diesen schon die Angabe des Jahresbetrags ausreicht, um die fortdauernde Beschwerung des Grundstückes beurtheilen und zugleich bemessen zu können, welches im Falle der necessären Subhastation der höchste Haftbetrag wegen etwaiger Rückstände sei.

Demungeachtet scheint es bedenklich, dasjenige, was in §. 49. als Ausnahme von der Regel bei Forderungen bestimmter Naturalleistungen und Abentrichtungen angeordnet worden ist, schlechthin auf den Fall des Naturalauszugs zu beschränken. Es steht theils die allgemeine Fassung obiger Stelle, theils auch der Inhalt des §. 20. der Ausführungsverordnung entgegen, nach welcher diese Ausnahme nicht blos, sondern insonderheit bei Auszügen eintreten soll. Auch aus den Motiven des Gesetzes*) ergiebt sich, daß dieselbe nicht schlechterdings auf Auszüge beschränkt werden sollte. Man hielt es nicht für nothwendig und nicht einmal für besonders zweckmäßig, den Satz, daß die Eintragung nur wegen der Summe nach bestimmter Forderung erfolgen könne, auch auf bestimmte Abentrichtungen von andern Dingen, als baarem Gelde, auszudehnen; man führte Naturalauszüge als Beispiel „bestimmter Abentrichtungen" an, fand aber den Grund für die Statuirung einer Ausnahme nicht in dem Entstehungsgrunde und dem Rechtstitel der Eintragung, sondern in der objectiven Beschaffenheit der Leistung, der Schwierigkeit und der Unsicherheit einer Taxe der zu liefernden Gegenstände.

Es scheint daher nicht bedenklich, die fragliche Vorschrift

*) Landtagsacten v. J. 1843. 2. Bd. S. 101.

des §. 49. auch auf Abentrichtungen von der im Gesetze gedachten objectiven Beschaffenheit anzuwenden, welche außer dem Falle eines Auszugs von dem Besitzer eines Grundstücks unter Hypothekenbestellung übernommen worden sind. Es ist nämlich bekannt, daß nicht selten von dem eingetragenen Besitzer eines Grundstücks zu Gunsten einer andern Person gewisse Naturalleistungen und Abentrichtungen zugesagt und übernommen werden, welche zwar selbst dann, wenn sie unter dem Namen eines Auszuges zugesichert worden sind, keinen Anspruch auf die Vorrechte des wahren Auszugs machen können, weil es dabei an den oben erwähnten charakteristischen Merkmalen des letzteren fehlt, die aber dennoch eine Sicherstellung durch Hypothek zulassen;

Bekanntmachung d. OAG. v. 2. October 1839. §. 3;
Gottschalk, Discept. For. Tom. I. n. 29;
Heyne's Commentar, zu §. 117, Bd. 2. S. 131;

und es scheint, als wenn der Gesetzgeber bei dem §. 49. auch diesen Fall (neben dem Auszug) mit im Auge gehabt habe.

Alsdann müssen aber auch die ohne Angabe der Haftsumme in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragenden Leistungen und Abentrichtungen, wie sich schon aus den Worten und auch aus den Motiven des Gesetzes entnehmen läßt, mit dem Naturalauszuge wenigstens das gemein haben, daß sie mit Rücksicht auf den Besitz eines Grundstückes übernommen und ihrem Gegenstande und Umfange nach ein- für allemal bestimmt bezeichnet werden können und bezeichnet worden sind; so daß auch ohne besondere Angabe einer Haftsumme das Hypothekenbuch einigen Anhalt für den höchstmöglichen Werth gewähren kann. Auch ist zu bedenken, daß §. 49. eine Ausnahme von einem principiellen Satze enthält, und daher eine extensive Interpretation hier nicht an seinem Platze sein würde.

Daß man aber die Verbindlichkeit zur Erziehung und Alimentirung eines Menschen, welche der Grundstücksbesitzer nicht in seiner Eigenschaft als solcher, sondern für seine Person über-

nommen, nicht in die Kategorie „bestimmter Abentrichtungen und Naturalleistungen, die nicht in baarem Gelde bestehen“ stellen dürfe, scheint einer weiteren Auseinandersetzung nicht zu bedürfen, sofern nicht eben die Erziehung nur auf dergleichen Leistungen beschränkt worden ist.

Die einzelnen Leistungen, welche aus der Erziehungsverbindlichkeit in dem gewöhnlichen und weiteren, die Unterhaltspflicht mit in sich begreifenden Sinne dem Verpflichteten obliegen, sind so mannigfaltig und verschieden, und hängen zum Theil so sehr von zufälligen Umständen ab, daß sich dieselben nicht zum Voraus übersehen lassen.

Der §. 67. der Ausführungsverordnung steht den bisher entwickelten Grundsätzen nicht entgegen.

Denn abgesehen zuförderst davon, daß einer Ausführungsverordnung nur insoweit, als sie mit dem Gesetze und dessen Principien im Einklange steht, eine bindende Kraft beizulegen ist, betrifft auch der §. 67 nicht den Fall, wo die Eintragung einer Haftsumme nach der obigen Ansicht nöthig ist.

Berücksichtigt man die Eingangsworte jenes §:

> „wenn, wie es bei Grundstücksveräußerungen auf dem Lande nicht selten vorkömmt, gewisse besondere Naturalleistungen für die Kinder des Verkäufers oder andere Personen bedungen worden sind, wie z. B. Wartung, Pflege und Erziehung der Kinder von Seiten des Besitzers“ ꝛc.

so könnte man sich zu der Annahme versucht fühlen, daß der §. 67. überhaupt nur auf Auszugsleistungen zu beziehen sei. Denn nach dem, was bereits oben bemerkt worden ist, kann sich der Besitzer eines Grundstücks bei dessen Veräußerung auch für andere Personen, namentlich für seine Ehefrau und seine Kinder, gewisse besondere Naturalleistungen als Auszug vorbehalten. Allein schon die nächstfolgenden Sätze des §. 67:

> „so mögen dergleichen Leistungen, wofern nur sonst die Vor-
> „bedingungen zur Eintragung derselben in das Grund- und

„Hypothekenbuch, entweder nach §. 45, oder, was die bei
„Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs vorgefundenen
„Beschwerungen dieser Art betrifft, wegen einer deßhalb
„bestellten Hypothek nach §. 221. vorhanden sind, nicht nur
„besonders eingetragen, sondern auch diese Einträge in der
„Spalte links unter der Eintragsnummer und Hypotheken-
„nummer durch ein entsprechendes Wort, wie „Herberge",
„„Erziehung", „Ausstattung", ausgezeichnet werden,"

weisen unverkennbar darauf hin, daß der §. 67. nicht von Auszugsleistungen handeln soll. Denn in §. 45 des Gesetzes werden die Erfordernisse einer Hypothekenbestellung durch Privatwillen angegeben; und wenn auch das Citat des §. 221 in obigem Zusammenhange nicht ganz zutreffen will, weil dieser §. weder von Pfandrechten, noch von Auszügen, sondern von solchen besondern Eigenschaften und solchen in §. 15. sub 5. erwähnten Oblasten und Beschwerungen handelt, welche ihren Platz in der ersten Folienrubrik finden sollen, so ist doch im übrigen klar genug auf das Bestehen einer Hypothek wegen derartiger Leistungen verwiesen.

Solche Leistungen sollen also in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden

a) nach dessen Eröffnung, wenn dieserhalb ein Pfandrecht den Bestimmungen in §. 45 gemäß eingeräumt,

b) bei der Anlegung der Bücher, wenn nach den Vorschriften des ältern Rechtes diesfalls eine Hypothek bestellt worden war.

Beides paßt nicht auf den eigentlichen Auszug, da es bei diesem weder nach älterm noch neuerm Rechte einer Hypothekenbestellung bedarf, sondern die dingliche Qualität vor dem Erscheinen des Gesetzes vom 6. November 1843 schon durch die Bestätigung des betreffenden Veräußerungsvertrages oder der auf den Auszug bezüglichen Bestimmung einer letztwilligen Verfügung, nach dem Eintritte des neuern Rechtes aber durch den nach §. 41. d. Ges. auf gesetzlichem Rechtstitel beruhenden

Eintrag begründet wird. Auch enthalten das Gesetz §. 179. und die Verordnung §§. 64. 65. besondere Bestimmungen über die Form, in welcher der Auszug einzutragen ist; auf diese wird am Schlusse des §. 67. verwiesen, nur sollen die in §. 67. gedachten Naturalleistungen in der Nummernspalte nicht als Auszug sondern anders bezeichnet werden, damit keine Verwechselung derselben mit wirklichen Auszugsleistungen vorkomme.

Entweder also muß man bei der Abfassung des §. 67. von der Ansicht ausgegangen sein, daß sich der Verkäufer Naturalleistungen der in §. 67. gedachten Art für seine Kinder oder dritte Personen als Auszug nicht vorbehalten dürfe; oder man hat dabei an den, bereits erwähnten, Fall gedacht, daß solche Leistungen, obwohl sie auch Gegenstand eines Auszugs sein können, doch nicht in der Eigenschaft eines Auszugs, sondern durch einen besondern Vertrag unter Hypothekenbestellung stipulirt worden sind.

Da die erstere Voraussetzung sich nicht mit den über den Auszug geltenden Rechtsgrundsätzen vereinigen lassen dürfte, auch im §. 20. der Ausführungsverordnung Wartung, Pflege, Erziehung ꝛc. als Gegenstände des Auszugs bezeichnet werden, so muß der letzteren, übrigens auch sehr nahe liegenden Voraussetzung der Vorzug gegeben werden. Zwar ist noch ein dritter Fall gedenkbar, wenn man der von Heyne, in seinen „Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte", n. XI. S. 163. und von Hensel, Lehre vom Auszug ꝛc. §. 4. n. 7. S. 30. f. aufgestellten Ansicht beipflichtet, daß gewisse Naturalleistungen auch außer dem Falle des eigentlichen Auszugsreservates, durch Vertrag als Reallasten des Grundstückes, welche durch die nothwendige Subhastation nicht erlöschen, übernommen werden können. Allein ganz abgesehen von dem Zweifel, der sich gegen die Richtigkeit dieser Meinung erheben ließe, bedürfte es hierzu wenigstens einer formellen Vereinigung der Parteien darüber, daß die fragliche

Verbindlichkeit als Reallast auf das Grundstück übernommen und eingetragen werden solle, und eine solche Verpflichtung wird von der Bestimmung des §. 67, welcher nur von Hypothekenbestellung wegen gewisser Naturalleistungen spricht und die Bestellung oder das Bestehen einer Hypothek als Bedingung des Eintrags angiebt, nicht getroffen*).

Allein, wenn man auch den §. 67. nicht auf die Bestellung eines Auszugs, sondern auf besondere unter Hypothekenbestellung abgeschlossene Verträge bezieht, vermöge deren sich der Grundstücksbesitzer zu jenen Leistungen verpflichtet hat, so muß doch die in diesem §. anerkannte Zuläßigkeit des Eintrages ohne Haftsumme auf die daselbst bemerkten Fälle beschränkt werden, wo gewisse besondere Naturalleistungen ausbedungen worden sind, mithin auf Fälle, welche wenigstens in Bezug auf die Entstehung und das Object der Verpflichtung dem Auszuge sehr ähnlich sind. Und wenn in §. 67. als Beispiel dieser besondern Naturalleistungen Wartung, Pflege und Erziehung der Kinder Seiten des Besitzers angeführt werden, so kann in diesem Zusammenhange und in Betrachtung der in §§. 48. 49. des Gesetzes enthaltenen Vorschriften der Ausdruck Erziehung nur in einer beschränkten Bedeutung für bestimmte persönliche Bemühungen und Naturalleistungen, die bei der Erziehung vorkommen, gebraucht und nicht von einer in keinem Falle unter den Begriff „gewisser besonderer Naturalleistungen“ oder „bestimmter, nicht in Geld bestehender Abentrichtungen“ fallenden allgemeinen Erziehungs- und Alimentationsverbindlichkeit verstanden worden sein.

Als Resultat ergeben sich folgende zwei Sätze:

---

*) Pflichtet man der Ansicht Heynes und Hensels bei, so wird dies immer nur mit der auch im Sinne dieser Schriftsteller liegenden Beschränkung geschehen können, daß die Verbindlichkeit in Gewährung bestimmter nicht in Gelde bestehender Abentrichtungen und Leistungen besteht. In diesem Falle ist aber auch nach §. 49, wie oben gezeigt, der Eintrag einer Hypothek ohne Haftsumme zuläßig.

1) die Verbindlichkeit zur Erziehung ist:
 a) wenn und insofern sie als Gegenstand eines Auszugs (§. 41) zu betrachten, oder auch
 b) wenn sie namentlich bei Gelegenheit einer Grundstückveräußerung nicht durch Reservat, sondern durch besondern Vertrag mit gleichzeitiger Einräumung einer Hypothek unter Beobachtung der Vorschriften in §. 45. des Gesetzes zugesagt worden ist und sich lediglich auf bestimmte einzelne, von dem Besitzer zu gewährende Naturalleistungen und Abentrichtungen beschränken soll, ohne Haftsumme in der §. 179. des Gesetzes und bez. §§. 64. 65. 67. der Ausführungsverordnung bestimmten Form einzutragen;
2) in allen andern Fällen, wenn wegen der Verpflichtung zur Erziehung und Unterhaltung anderer Personen eine Hypothek von dem für seine Person Verpflichteten an seinem Grundstück eingeräumt werden soll, bedarf es nach §. 48. des Gesetzes der Festsetzung und des Eintrags einer Summe, nach deren Höhe das Grundstück wegen jener allgemeinen Verpflichtung zu haften hat.

Infolge eines hierüber nach einstimmigem Plenarbeschlusse von dem OAG. erstatteten Vortrage, hat das K. Ministerium der Justiz diese Ansicht und die restrictive Interpretation des §. 67. der Ausführungs-Verordnung, weil sich dieselbe am wenigsten von dem Principe der Specialtät entferne, gebilligt.

2) Ueber die Bestimmungen in §. 146. des Hypothekengesetzes und deren Anwendbarkeit auf s. g. Cautionshypotheken.

Das Sächsische Hypothekengesetz enthält nach Vorgang des Baierischen Hypothekengesetzes in §. 1, 46. folgende Bestimmung:

„wegen eignen Interesses sind die Eintragung einer Forde-

rung in das Grund- und Hypothekenbuch im Namen eines Andern und für denselben ohne erhaltenen Auftrag zu verlangen berechtigt:

1) die Gläubiger eines Schuldners, dem eine mit Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek versehene Forderung zusteht, wenn sie aus Unterlassung der Eintragung dieser Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch Verlust an ihren eigenen Forderungen zu befürchten haben und aus diesem Grunde die Inhibition der Forderung vom competenten Richter verfügt worden ist."

Diese Vorschrift begründet eine Ausnahme von der Regel, daß nur der Berechtigte selbst den Eintrag verlangen, oder wenn er will, auf denselben verzichten kann. Sie findet ihre Rechtfertigung in dem rechtlichem Interesse, welches unter den im Gesetze angegebenen Voraussetzungen der Gläubiger daran hat, daß ihm für seine zukünftige Befriedigung ein ausreichendes Hilfsobject zu Gebote stehe. (Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern, Bd. 2. §. 104. §. 57. f.)

Aber eben deshalb, weil diese Vorschrift eine Ausnahme von der Regel enthält, ist bei deren Anwendung mit Behutsamkeit zu verfahren, damit nicht die wohlgemeinte Absicht des Gesetzgebers zu einem bedenklichen Eingriffe in die Dispositionsfreiheit eines Schuldners führe, welcher an sich keine Verpflichtungen gegen den inhibirenden Gläubiger hat. Die Voraussetzungen, unter welchen allein der Gläubiger ohne Auftrag und selbst gegen den Willen des Berechtigten die Eintragung einer mit dem Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek versehenen Forderung beanspruchen kann, bestehen nach §. 146. sub 1., einzeln betrachtet, in folgenden:

a) die Inhibition der einzutragenden Forderung muß von dem competenten Richter bereits verfügt worden sein;

b) das Unterbleiben des Eintrags muß für den Gläubiger einen Verlust an seiner eigenen Forderung befürchten lassen.

In Bezug auf das zuerst erwähnte Erforderniß weicht das Sächsische Hypothekengesetz von dem Baierischen ab, welches in §. 104. sub 1. diese Bedingung nicht aufstellt. Es ist aber, wie bereits Heyne in seinem Commentar Bd. 2. S. 55 bemerklich gemacht hat, jener Zusatz ein zweckmäßiger. Denn der bloße Eintrag der Forderung seines Schuldners auf das Folium des verpfändeten Grundstücks ohne gleichzeitige Inhibition dieser Forderung würde dem Gläubiger deshalb noch keine Sicherheit gewähren, weil der Inhaber der eingetragenen Forderung dieselbe cediren, oder erheben und die eingetragene Hypothek löschen lassen könnte. In einem, wie in dem andern Falle aber möchte die Disposition des Cedenten, beziehentlich Pfandgläubigers, weil ihm dieselbe noch nicht untersagt worden, kaum als eine unwirksame oder unberechtigte zu betrachten sein. Der Cessionar aber, der die abgetretene Forderung in gutem Glauben erworben, oder der Pfandschuldner, der gegen Löschung der Hypothek im guten Glauben gezahlt hat, würde sich schon durch die Berufung auf das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs gegen die Ansprüche dritter Personen schützen können. Eben daraus folgt aber auch weiter, daß die von dem competenten Richter verfügte Inhibition einer in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Forderung ebenfalls in dem letzteren verlautbart, oder wenn man diesen Eintrag nicht für formell zulässig erachten wollte, dem inhibirenden Gläubiger wenigstens das Befugniß, sich durch eine Protestation gegen weitere Verfügung über die inhibirte hypothekarische Forderung zu sichern, zugestanden werden muß.

Der angezogene §. 146. sub 1. erwähnt eines zweiten, sehr ähnlichen Falles nicht: wenn nach §. 56. f. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 die Hilfe in eine mit Rechtstitel zu Erlangung einer Hypothek versehene Forderung des Schuldners vollstreckt worden ist. Wenn man indeß berücksichtigt, daß einem Hilfsgläubiger, dessen Forderung bereits in Liquidität beruht und welcher zufolge der nach §. 57. des

Executionsgesetzes erlassenen Verfügung ein Pfandrecht an der zum Hilfsobjecte bezeichneten Forderung erwirbt, mindestens derselbe Anspruch auf Sicherheit seiner Befriedigung zugebilligt werden muß, wie dem Gläubiger, der erst, nach vorläufiger Bescheinigung seines Anspruchs, eine provisorische Sicherungsmaaßregel erwirkt hat, so erscheint es unbedenklich, die Vorschrift in §. 146. sub 1. des Hypothekengesetzes auch auf diesen Fall der Hilfsvollstreckung anzuwenden. Nur würde hierbei noch die Modification eintreten, daß nach Eintragung der verholfenen Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch, auch die erfolgte Hilfsvollstreckung durch einen besondern Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche zu verlautbaren wäre, für welchen §. 60. des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838, §. 85. des Hypothekengesetzes, und §. 75. der Ausführungsverordnung dazu v. 15. Februar 1844, genugsames Anhalten bieten.

Das zweite Erforderniß besteht in der Gefahr, welche aus der Unterlassung des Eintrags für den Gläubiger zu befürchten wäre. Die Gefahr, welche dem Gläubiger droht, wenn sich sein Schuldner selbst in mißlichen Verhältnissen befindet, begründet zunächst den Antrag auf Inhibition, welche bekanntlich erst dann zu verfügen ist, wenn neben der sicherzustellenden Forderung, auch die Gefahr ihres Verlustes nach den Vermögensumständen oder sonstigen Verhältnissen des Schuldners einigermaaßen bescheinigt worden ist. Da nun, nach dem klaren Wortlaute des §. 146. sub 1. die durch den competenten Richter zu verfügende Inhibition der Forderung bereits erfolgt sein muß, bevor die Eintragung der letzteren von dem Gläubiger bei der Grund- und Hypothekenbehörde beansprucht werden kann, so ergiebt sich, daß die aus der „Unterlassung der Eintragung" zu befürchtende Gefahr — wie auch bereits in den Worten liegt — ihren Grund in den Vermögens- oder sonstigen Verhältnissen des debitor debitoris haben muß, auf dessen Grundstück die inhibirte Forderung eingetragen werden soll. Befindet sich der letztere in solchen Umständen, daß

die inhibirte Forderung, auch ohne Hypothekenbestellung als eine sichere und realisirbare zu betrachten ist, so kann von einer aus der Unterlassung des Eintrags für den Gläubiger des debitor entstehenden Gefahr im Sinne des Gesetzes nicht füglich die Rede sein. Denn hätte der Gesetzgeber darin eine solche Gefahr erblickt, daß dem Gläubiger die allerdings noch größere Sicherheit, welche die Bestellung eines Pfandrechtes gewährt, entzogen wird, wenn der Pfandgläubiger selbst den Antrag auf Einzeichnung seiner Forderung unterläßt, so wäre der Beisatz „wenn sie aus der Unterlassung der Eintragung der Forderung Verlust an ihrer eigenen Forderung zu befürchten haben," im Gesetze ganz zwecklos. Es muß also von dem Gläubiger, welcher von der Vorschrift in §. 146. sub 1. Gebrauch machen will, nicht allein die bereits vom zuständigen Richter verfügte Inhibition der Forderung nachgewiesen, sondern auch bescheinigt werden, daß nach den Vermögensumständen des debitor debitoris die inhibirte Forderung ohne die Erlangung eines Pfandrechtes, eine unsichere sei.

Es läßt sich der Fall denken, daß die inhibirte mit dem Rechtstitel auf Erlangung einer Hypothek versehene Forderung bereits vorgemerkt, inzwischen aber das zum Pfande bestimmte Grundstück vom Schuldner des Schuldners an eine dritte Person verkauft worden wäre. Da in diesem Falle nach §. 88. des Hypothekengesetzes der dritte Besitzer verpflichtet ist, die wirkliche Eintragung der vorgemerkten Forderung geschehen zu lassen, sobald die derselben entgegenstehenden Hindernisse behoben worden sind, so könnte auch hier in Gemäßheit der Vorschrift des §. 146. der betreffende Gläubiger den definitiven Eintrag nach Beseitigung dieser Hindernisse und sofern es dessen überhaupt noch bedürfen sollte, in Antrag bringen. Die Gefahr des Verlustes aber, welche aus der Unterlassung dieses definitiven Eintrags für ihn entstehen könnte, würde in diesem Falle nicht nach den Verhältnissen des dritten Besitzers, der nach §. 80. weder persönlich verhaftet ist, noch durch die

hypothecarische Klage zur Zahlung oder zur Ueberlassung des Grundstücks zur Befriedigung des Gläubigers genöthigt werden kann, sondern nach den Verhältnissen des Schuldners der vorgemerkten Forderung zu beurtheilen sein*).

Eine weitere Frage in Bezug auf die Anwendbarkeit der obgedachten Bestimmung besteht aber auch darin, was unter dem Ausdrucke „eine mit Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek versehene Forderung" zu verstehen sei; ob die Bestimmung nur auf solche bereits vorhandene Forderungen, wegen deren durch den Privatwillen des Besitzers ein Pfandrecht (unter Berücksichtigung der in §. 45. des Gesetzes ertheilten Vorschriften) eingeräumt worden ist, oder auch auf die nur eventuellen und bedingten Forderungen zu beziehen sei, wegen deren nach §. 38. gewissen Personen ein gesetzlicher Rechtstitel zu Erwerbung einer Hypothek zukommt. Selten wird der Fall eintreten, daß die eventuellen Ansprüche der in §. 38. No. 4. bezeichneten juristischen Personen an ihre Diener und Verwalter Gegenstand einer Inhibition oder Hilfsvollstreckung werden. Eher kann derselbe bei den sub No. 1. 2. 3. gedachten Privatpersonen eintreten und so ist denn auch in neuerer Zeit die Frage, ob der Gläubiger einer Ehefrau die kraft des gesetzlichen Rechtstitels zu bewirkende Eintragung des von dieser ihrem Ehemanne inferirten beweglichen Vermögens nach §. 146. sub 1. unter den übrigen, bereits besprochenen Voraussetzungen verlangen dürfe, zur Entscheidung des OAG.'s gelangt. Hierbei ist durch eine Verordnung d. III. Senates vom 5. Februar 1859 ad No. 345 (1858) diese allerdings nicht unzweifelhafte Frage aus den in Nachstehenden ihrem wesentlichen Inhalte nach wiedergegebenen Gründen verneint worden.

Für die Anwendbarkeit des §. 146. sub 1. auf Fälle

*) Hat der Käufer die vorgemerkte Forderung in Anrechnung auf die Kaufsumme übernommen und sich zu deren Bezahlung persönlich, über die Dauer seiner Besitzzeit hinaus, verpflichtet, so würden nach Befinden auch die Verhältnisse des Käufers in Betracht kommen können.

dieser Art ließe sich geltend machen, daß das Gesetz im Allgemeinen von einem Rechtstitel spricht und daß es ebensowohl einen gesetzlichen, als einen auf Privatwillen beruhenden Rechtstitel zu Erwerbung von Hypotheken giebt; ferner das bereits erwähnte Motiv der bezüglichen Vorschrift, welches auch bei den Gläubigern einer der in §. 38. gedachten Personen zutreffen würde, endlich der Umstand, daß eventuelle und bedingte Forderungen inhibirt werden können, vergl. v. Langenn und Kori, Erörterungen ꝛc. Theil 2. No. XIX. S. 180 ff.

Gegen diese Anwendbarkeit ergeben sich aber theils schon aus der Wortfassung des Gesetzes, theils aus der Berücksichtigung noch anderer Momente, überwiegende Gründe. Das erstere spricht in §. 146. sub 1. lediglich von Forderungen, welche mit dem Rechtstitel zu Erlangung einer Hypothek versehen sind. Als eine mit Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek versehene Forderung kann hier nur eine solche betrachtet werden, wegen deren der Besitzer des damit zu belastenden Grundstücks eine Hypothek durch Privatwillenserklärung eingeräumt oder (durch letztwillige Verfügung) angeordnet hat, und welche in dessen Folge bereits eine gewisse objective, ihren Werth mehrende Qualität erlangt hat, mit der sie auch nach §. 82. des Gesetzes auf dritte Personen durch Cession übertragen werden kann. Der Anspruch der Ehefrau auf künftige Zurückerstattung ihres dem Ehemanne inferirten Vermögens ist an sich und wenn der Ehemann nicht etwa diesen Anspruch nach einem bestimmten Betrage anerkennt und dessen Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch selbst beantragt hat, keine mit einem Rechtstitel versehene Forderung. Denn der gesetzliche Rechtstitel, vermöge dessen die Ehefrau nach §. 38. sub 1. befugt ist, ihr inferirtes bewegliches Vermögen ohne weitern Nachweis und nach einer beliebig von ihr ausgedrückten Geldsumme in das Grund- und Hypothekenbuch eintragen zu lassen, dient nur dazu, der Ehefrau wegen ihrer künftigen Ansprüche auf Restitution ihres erweislichen Ein- oder Zubrin-

gens, — welche sich zumal bei der Illation beweglicher, nicht in baarem Gelde bestehender Sachen und außenstehender Forderungen von Anfang herein noch gar nicht übersehen lassen — eine Art hypothekarischer Caution zu gewähren. Die Vorschriften in §. 38. No. 1. in Verbindung mit §. 42. enthalten aber auch eine Vergünstigung, welche der Ehefrau für ihre Person und aus Rücksicht auf das specielle Verhältniß, in welchem sie sich während der Dauer der Ehe zu ihrem Ehemanne befindet, ertheilt worden ist; das ihr zugestandene Befugniß geht deshalb, gleich andern, rein persönlichen Vorrechten nicht auf die Erben der Ehefrau über und kann auch nicht Gegenstand des Geschäftsverkehres und freiwilliger Cessionen werden.

Die von Heyne, Commentar Bd. 1. S. 215 für die Zulässigkeit einer solchen Cession geltend gemachte Bestimmung in §. 82. handelt auch nur von Abtretung einer bereits eingetragenen oder einer mit dem Rechtstitel auf Erlangung der Hypothek versehenen Forderung, ohne dabei den speciellen Fall zu erwähnen, wenn eine Forderung abgetreten wird, welche an sich nur eine (obschon im Concurse der Gläubiger bevorzugte) chirographarische ist, deren Inhaber jedoch für seine Person und aus besondern, in seinen persönlichen Umständen liegenden Gründen das Privilegium genießt, daß er sich, selbst gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Besitzers, wegen Ansprüchen, die noch nicht liquid und nach Befinden noch gar nicht vorhanden sind, sondern nur infolge eines bestehenden Rechtsverhältnisses möglicherweise entstehen können, eine Sicherheitshypothek durch die Behörden bestellen lassen können. Gegen die Annahme, daß die Vorschriften in §. 82. und insbesondere §. 146. sub 1. des Hypothekengesetzes auf die Illatenforderung einer Ehefrau anwendbar seien, spricht auch der Umstand, daß die Bestimmung in §. 38. sub 1. §. 42. 43. im Wesentlichen, und wenn man von der Form absieht, in welcher nach den Principien des Hypothekengesetzes die Bestellung einer Hypothek zu erfolgen hat, nur eine Wiederholung dessen enthalten,

was in dem Mandate die Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken betreffend v. 4. Juni 1829 und dem Gesetze, zu Einführung mehrerer freiländischer, die Priorität der Gläubiger ꝛc. betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, v. 25. Januar 1836 hierüber festgesetzt worden ist, und daß beide in §. 38. [beziehentlich §. 67. ausdrücklich nur die Abtretung eines auf Antrag der Ehefrau selbst bereits in dem Consensbuche annotirten Einbringens, nicht aber die Cession des Rechtes die Eintragung dieses Einbringens in der zu Gunsten der Ehefrau selbst angeordneten Maaße zu erlangen, als zulässig bezeichnen. Hätte es beim Hypothekengesetze in der Meinung des Gesetzgebers gelegen, eine hiervon abweichende Anordnung zu treffen, so wäre dies ausdrücklich auszusprechen gewesen*).

Noch weniger als die freiwillige Abtretung des gesetzlichen

---

*) Die Motive des Gesetzes enthalten zu §. 156. (im Entwurfe §. 144.) ebensowenig etwas Näheres über die vorliegende Frage, als die ständischen Berathungen.

vergl. Landtagsacten 1842/43. 1. Abth. 2. Bd. S. 120 f.

Landtagsmittheilungen d. 1. Kammer 1. Bd. S. 634.

desgl. d. 2. Kammer 3. Bd. S. 2603.

In beiden Kammern wurde §. 144. des Entwurfs ohne Discussion angenommen. Im Berichte der Deputation der 2. Kammer wird bemerkt: daß die §. unter den Gläubigern, wovon sie unter 1. Zeile 4. spreche, auch diejenigen begreife, welche vermöge eines gesetzlichen Rechtstitels eine Hypothek erlangt hätten.

Diese Gläubiger sind die Inhibenten, die Bemerkung scheint also nur darauf hinzuweisen, daß auch solche Gläubiger, die sich durch den bereits erfolgten Eintrag einer auf gesetzlichem Rechtstitel beruhenden Hypothek an den Grundstücken ihres Schuldners eine Sicherstellung zu verschaffen gesucht haben, von der Vorschrift in §. 144. (146.) Gebrauch machen könne, wenn ihnen jene Hypothek keine genügende Sicherheit gewährt. Dies mag richtig sein, läßt sich aber, unter sonst gleichen Verhältnissen auch von den Gläubigern eines Schuldners sagen, welche eine auf Privatwillen des letzteren beruhende, unsichere Hypothek erworben haben. Uebrigens ist bei dem Abdruck des §. 144. S. 2603. Bd. 1. ein sinnentstellender Druckfehler vorgekommen, indem es dort, Absatz 1. heißt „die Gläubiger eines Schuldners, denen eine mit Rechtstitel ꝛc. versehene Forderung zusteht“ anstatt dem ꝛc. zusteht.“

Rechtstitels — wenn auch unter gleichzeitiger Abtretung der eventuellen Forderung selbst — kann die Ausübung dieses, rein persönlichen Befugnisses einer dritten Person in ihrem Interesse, ohne Zustimmung und selbst gegen den Willen des persönlich Berechtigten in der Meinung und Absicht des Gesetzgebers gelegen haben.

Wollte man aber vielleicht einen Unterschied machen, ob die Illation eines beweglichen Vermögens liquid sei oder nicht, und in dem ersten Falle die Vorschrift in §. 146. zur Anwendung bringen, so würde man zunächst in Bezug auf den gesetzlichen Rechtstitel der Ehefrau eine Distinction einführen, welche das Gesetz nicht kennt. Denn dieses handelt nur von dem Eintrage eines der Summe nach anzuzeigenden Betrags ohne alle Rücksicht auf die Richtigkeit dieser Anzeige. Es würde sich aber auch, mit Hinblick auf die Bestimmungen in §. 130. des H. G. die Grund- und Hypothekenbehörde in den wenigsten Fällen in der Lage befinden, darüber zu cognoszиren, ob der Beweis der Existenz und der Illation eines beweglichen Vermögens für geführt zu erachten und deshalb der Eintrag desselben zu verfügen sei. Zum Erlaß einer bloßen Inhibition, welche von dem competenten Richter auszugehen hat, bedarf es keines Nachweises dafür, daß die zu inhibirende Forderung bestehe, und könnte man daher selbst den Gläubiger der Ehefrau mit einem solchen Beweise an den competenten Richter verweisen, so würde doch auch dieser nicht ohne ein ordnungsmäßiges Gehör beider Parteien verfahren und entscheiden dürfen. Es kann aber dem Ehemanne nicht angesonnen werden, sich einem diesfalls mit dem Gläubiger der Ehefrau zu führenden Prozesse blos deshalb zu unterziehen, um dem letzteren eine besondere Sicherheitsmaaßregel ausführbar zu machen.

Endlich aber ist auch hier wiederholt darauf hinzuweisen, daß wenn selbst das eheweibliche Ein- und Zubringen nach irgend einem Betrage sofort erweislich gemacht werden könnte,

der Anwendung der Vorschrift in §. 146. sub 1. immer das Bedenken entgegenstehen würde, daß es sich dabei nicht um eine mit Rechtstitel zur Hypothekenerwerbung ausgestattete Forderung, sondern um die Ausübung des einer dritten Person zustehenden persönlichen Rechtes handelt.

Dazu kömmt endlich noch, daß der auf einseitigen Antrag nach §. 38. sub 1. bewirkte Eintrag einer Illatensumme dem Gläubiger der Ehefrau für seine zukünftige bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse des verpfändeten Grundstückes nicht einmal eine genügende Sicherheit gewähren würde. Das nach §. 38. sub 1. bereits zum Eintrag gelangte eheweibliche Ein- und Zubringen kann zwar sammt der zu dessen Sicherheit bereits bestellten Hypothek an dritte Personen abgetreten, oder im Wege der Hilfsvollstreckung überwiesen werden. Allein der Eintrag einer solchen Cession oder Hilfsvollstreckung berechtigt, wie bereits von Heyne, Commentar Bd. 1. S. 230. f. mit Recht bemerkt worden ist, den Cessionar ebensowenig, als den Hilfsgläubiger, sich auf das Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher (§. 22) mit dem Erfolge zu berufen, daß die eingetragene Summe ihm gegenüber als eine zur Zeit seiner Eintragung wirklich bestehende (wenn auch noch nicht fällige) Forderung der Ehefrau an den Ehemann zu betrachten wäre. Eben deshalb, weil die nach §. 38. sub 1—4 bewirkten Einträge gar nicht den Zweck haben, das Dasein einer bereits bestehenden Forderung zu bekunden, steht auch eine Verfügung über das in dem obigen Maaße eingetragene eheweibliche Vermögen nicht, wie die Verfügung über definitiv eingetragene Forderungen dergestalt unter dem Einflusse des Grund- und Hypothekenbuches, daß dieselbe von dritten Personen, welche einen auf dieses Vermögen bezüglichen Eintrag erlangen, nur dann als gültig anzuerkennen wäre, wenn das Erforderliche darüber im Grund- und Hypothekenbuche verlautbart worden. Hätte z. B. der Ehemann ohnerachtet einer diesfalls an ihn erlassenen Inhibition die ihm inferirten baaren

Summen restituirt, so würde die noch ungelöschte Hypothek dem Gläubiger kein geeignetes Executionsobject darbieten; der Schuldner (Ehemann) würde zwar nach den Bestimmungen der decisio 27. v. J. 1661 und dem Rescripte vom 19. Februar 1721 dem inhibirenden Gläubiger Ersatz leisten und nochmalige Zahlung anschaffen müssen, aber für nicht geschehen oder rechtlich unwirksam könnte die geleistete Zahlung weder nach den obenerwähnten gesetzlichen Bestimmungen*), noch zufolge der in §. 22. des Hypothekengesetzes aufgestellten Principes erachtet werden. Auf die, durch die Nichtbeachtung des gerichtlichen Zahlungsverbotes begründete Verbindlichkeit aber kann die zur Sicherheit der künftig etwa zu restituirenden Illaten dienende Hypothek nicht ausgedehnt werden.

Daß die nämlichen Grundsätze, welche hier in Bezug auf den Eintrag des eheweiblichen Ein- und Zubringens specieller entwickelt worden sind, auch auf die in §. 38. sub 2. 3. 4. bemerkten Fälle anzuwenden seien, scheint einer besondern Erörterung nicht zu bedürfen. Soll sich nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes das Recht der hierbei in Frage stehenden Personen nur auf den Eintrag einer Caution wegen möglicher Ansprüche beschränken, so läßt sich dieses Recht noch viel weniger unter den Begriff einer „mit Rechtstitel auf Erlangung einer Hypothek versehenen Forderung" bringen. Dasselbe gilt von den §. 39. gedachten Fällen der Caution.

*) Denn nach dem Rescripte v. 19. Februar 1719 soll der Schuldner, wenn er dem Verbote zuwider an seinen Gläubiger Zahlung geleistet, nur das schlechterdings anschaffen, was er zum Präjudize des Inhibenten gezahlt hat; Nichtigkeit der Zahlung ist nicht angedroht.

Präjudizien.

I. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

(Fortsetzung von Heft I. S. 61.)

37.

Subjective Ansichten der Regierungscommissare bei ständischer Berathung von Gesetzentwürfen enthalten keine Interpretationsnorm.

II. Sen.-Erk. v. 29. März 1859. ad no. 800/795. von 1858.

Die Bl. bezogenen Aeußerungen des Regierungscommissars bei Gelegenheit der ständischen Berathung des Gesetzes vom 23. Juli 1846 enthalten keine im Namen der Regierung über Sinn und Zweck der Gesetzesvorlage abgegebene Erklärung, sondern nur den Ausdruck einer subjectiven Ansicht des Commissars über die Fälle, in welchen die Vorschrift des Gesetzes §. 1. sub 9. zur Anwendung kommen könne.

Auf Aeußerungen dieser Art kann der erkennende Richter wenigstens kein entscheidendes Gewicht legen und sie dürfen ihn namentlich nicht bestimmen, ein der stricten Interpretation unterliegendes Ausnahmegesetz auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, welche der Wortlaut des Gesetzes selbst nicht trifft.

38.

Bei Beantwortung der Frage: ob ein Vertrag suspensiv- oder resolutiv-bedingt geschlossen sei, sind die Auslassungen des Beklagten im Verfahren wider denselben benutzbar. — Beweislast.

II. Sen.-Erk. v. 3. März 1859. ad no. 702/740. von 1858.

Mit der vorigen Instanz (AG. Dresden) hat man sich darin einzuverstehen gehabt, daß das Anführen des Beklagten Bl. in Betreff der bis zu dem 26. Juni 1857. zu bewirkenden Abholung des erkauften Getreides als eine dem Handelsabschlusse beigefügte Resolutivbedingung anzusehen ist. Kommt es bei Beurtheilung der Frage, ob die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Bedingung als eine suspensive oder resolutive aufzufassen, hauptsächlich auf die Absicht und Willensmeinung der Contrahenten an und ist die Erkenntniß derselben der Natur der Sache nach zunächst in den von ihnen gebrauchten Worten zu suchen, so kann es nach den Herauslassungen des Beklagten Bl. keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß in dem vorliegenden Falle die Stipulation einer Resolutivbedingung anzunehmen sei. Beklagter spricht sich a. a. O. in Ausdrücken aus, welche nicht ergeben, daß Existenz und Erfüllung des Vertrags in der Thatsache der Abholung des Kaufobjects und der Zahlung des Kaufpreises habe zusammenfallen sollen. Er giebt überdies die unzweideutigste Erläuterung seiner Worte in der damit verbundenen Erklärung ab, seine Absicht dabei sei die gewesen, daß, wenn bis zu dem gedachten Tage das Getreide nicht abgeholt sein würde, sodann auch der Handel als aufgehoben betrachtet werden solle, mithin — das liegt hierin unverkennbar — zwar sofort durch den Abschluß zur Perfection gelangt sei, allein durch den Eintritt der Thatsache der Nichtabholung resolvirt werde.

Weniger deutlich und bestimmt ist seine Ausdrucksweise in dem Duplikfatze Bl., doch steht auch die hier gebrauchte Wendung, der Handel sei lediglich unter der Voraussetzung und Bedingung abgeschlossen worden, daß Kläger das Getreide spätestens den 26. Juni abhole, der vorgedachten Auffassung nicht entschieden entgegen, und die nachfolgende Herauslassung:

„Kläger versuche, ihn, den Beklagten, trotzdem, daß der Handel aufgelöst sei, zu dessen Erfüllung zu nöthigen",

stimmt sogar vollkommen mit ihr überein; denn der Handel muß abgeschlossen gewesen sein, um aufgelöst werden zu können. Von selbst folgt hieraus, daß in der Beziehung des Beklagten auf die mehrerwähnte Vertragsstipulation nicht, wie nach der in der Praxis recipirten Meinung in Ansehung der Suspensivbedingung der Fall, Verneinung des Klaggrundes, sondern Vorschützung einer Ausflucht zu erblicken ist, die Beweislast mithin den Beklagten trifft.

39.

Die bei Abschluß eines Grundstückskaufs übernommene Verpflichtung einem Dritten „bei dessen künftiger Verheirathung" Etwas unentgeldlich zu gewähren, involvirt im Zweifel eine conditio, nicht einen dies.

II. Sen.-Erk. vom 18. April 1859. ad no. 816/786. von 1858.

Bei Prüfung der fol. . befindlichen Kaufsbestimmung, auf deren Auslegung die Entscheidung des gegenwärtigen Prozesses hauptsächlich beruht, kommt es darauf an, ob mit dem vorigen Erkenntnisse anzunehmen, daß in derselben für die streitige Leistung unter den Betheiligten durch Bezeichnung des angegebenen Ereignisses ein bestimmter Zeitpunkt der Gewährung, ein dies, festgesetzt worden, mithin solche blos in ihrer Erfüllung als eine auf diesen Zeitpunkt gestellte, durch den Nichteintritt jenes Ereignisses nicht erloschene, zu gelten habe, oder vielmehr das Recht auf die fragliche Prästation selbst bis zu letzterem hinausgeschoben sein und erst mit dem dadurch bedingten Eintritte der Anspruch überhaupt habe zur Entstehung gelangen sollen.

Besage der obigen Kaufsdisposition, mit welcher §. 6. des angezogenen Kaufs des Beklagten fol. . im wesentlichen übereinstimmt, hatte der Besitzer des erkauften Gutes in der fraglichen Beziehung die Verpflichtung übernommen:

a) den daselbst benannten Gebrüdern Sch., so lange sie sich nicht verheiratheten oder ansäßig machten, die Nothherberge einzuräumen, sowie
b) jedem derselben bei seiner künftigen Verheirathung 2 Ochsen,

und zwar ein Stück sofort, das andere aber 5 Jahre nachher, unentgeldlich abzuliefern.

Die Leistung sub b. war hiernach im Allgemeinen von der Verheirathung der gedachten Personen, also von einem künftigen Ereignisse abhängig gemacht, von dem es noch ungewiß erschien, ob es einmal wirklich zur Existenz kommen werde oder nicht, und jene Vereinigung enthält in diesem Betrachte nach der Ansicht des OAG. allerdings eine Suspensivbedingung, vor deren Eintritt die obige Verpflichtung des Käufers gegenüber den gedachten Brüdern nicht zur Wirksamkeit gelangte, demgemäß aber auch nur mit der darüber vorhandenen Gewißheit die Verbindlichkeit des erstern, den Gegenstand der Obligation zu gewähren und ebenso die ihr entsprechende Berechtigung der letzteren den Anfang nehmen konnte. Trat eine Verehelichung der Gebr. Sch. nicht ein, so kamen beide nicht zur Entstehung und die Erben vermochten, wenn der Promissar vor der Existenz jenes Ereignisses verstorben, der Natur der Sache nach kein Recht auf die fragliche Leistung mehr zu erwerben.

Wollte man aber auch die in den Käufen vorausgesetzte Thatsache der Verehelichung als eine bloße Zeitbestimmung für die geforderte Prästation ansehen, so würde es in Bezug auf dieselbe nach mehrgedachter Vereinigung nicht blos ungewiß gewesen sein, wenn sie, sondern auch, ob sie überhaupt jemals eintreten werde, und die Stipulation deshalb immer auf einen völlig unbestimmten Anfangstermin der Leistung sich bezogen haben, der in der Regel bei Obligationen der Suspensivbedingung in seinen Wirkungen gleichgestellt wird.

L. 38. §. 16. L. 45. §. 3. de verbor. oblig. (45, 1.)

Zwar könnte deshalb eingewendet werden, daß wenigstens die Contrahenten jenes Ereigniß als ein gewiß eintretendes vorausgesetzt hätten, in diesem Falle aber und wenn solches unerwartet nicht existent geworden, der Augenblick der darüber erlangten Gewißheit als dies gelten müsse; demzufolge also Beklagter von seiner Verbindlichkeit durch den Nichteintritt der Verehelichung des in der Klage erwähnten Erblassers der Kläger nicht als befreit zu erachten sei. Allein, wenn die in Frage stehende Vereinigung nur überhaupt an die Hand giebt, daß den Gebrüdern Sch. von dem Käufer die

Nothherberge in der gedachten Maaße eingeräumt wurde, so wie bei der Verheirathung des einen oder des andern der Käufer insoweit von dieser Oblast befreit, und zu der streitigen Leistung gehalten sein sollte, so bietet erstere zu der Annahme, daß die Contrahenten von einer solchen Voraussetzung ausgegangen und Beklagter ohngeachtet der nicht erfolgenden Existenz des bezeichneten Ereignisses hierunter für verpflichtet habe angesehen werden sollen, kein nur irgend genügendes Anhalten dar.

Kläger führen nun in der Klage selbst an, daß ihr Erblasser niemals verheirathet gewesen; es fehlt demnach an dem Requisite, unter welchem das Recht desselben auf die 2 Ochsen überhaupt hätte zur Entstehung kommen können und eine Uebertragung auf seine Erben erscheint damit von selbst ausgeschlossen.

40.

Vorläufige Einigung über res und pretium kann nicht als Vertragsschluß gelten, so lange die Verhandlungen über die Specialitäten schweben.

II. Sen.-Erk. v. 15. April 1859. ad no. 532/816. von 1858.

Es bedarf bekanntlich zum Abschluße eines für die Contrahenten rechtsverbindlichen Kaufvertrages auch dann, wenn derselbe ein Grundstück betrifft, nur einer klaren und übereinstimmenden, übrigens aber an keine besondere Form gebundenen Willenserklärung über die Absicht, einen Kauf abzuschließen, den Gegenstand und den Preis. Obwohl es in der Natur der Verhältnisse liegt, daß sich bei Grundstückskäufen auch noch specielle Nebenbestimmungen über die Zeit der Uebergabe, die Modalität der Zahlung und nach Befinden die Sicherstellung des Kaufpreises, die Uebernahme vorhandener Hypotheken u. s. f. als erforderlich oder zweckmäßig darstellen können, so liegt doch für die Beifügung derartiger Nebenbestimmungen keineswegs eine so unabweisliche Veranlassung vor, daß in Mangel derselben ein Kauf, bei welchem sich die Vereinigung der Contrahenten thatsächlich auf die essentiellen Erfordernisse eines jeden Kaufes beschränkt hat, als ein unvollendetes Geschäft, eine nur präparatorische und deshalb noch unverbindliche Besprechung betrachten ließe. Dennoch kann dieser Mangel von Einfluß werden,

wenn zu bestimmen ist, ob eine ihrem ganzen Inhalte nach vorgetragene Kaufsverhandlung zu einem endgiltigen Kaufsabschluße geführt und ob es dabei in der That in der Absicht der Contrahenten gelegen haben müsse, sich auf eine Vereinbarung über jene essentiellen Momente des Kaufcontractes zu beschränken. Wenn man nun berücksichtigt, daß sich fast bei jedem die Veräußerung eines Grundstücks betreffenden Vertrage, eine Mehrzahl einzelner Punkte darbietet, welche eine Regulirung unter den Betheiligten wenigstens als sachgemäß erscheinen lassen und daß ferner diese verschiedenen Punkte nur nach und nach besprochen werden können, der Anfang der gegenseitigen Besprechungen aber in der Regel mit der Bestimmung der Sache und der Höhe des Kaufpreises gemacht werden wird, so läßt sich schwerlich verkennen, daß, wenn auch im Laufe der beschriebenen Verhandlungen hinsichtlich dieser beiden Punkte übereinstimmende Erklärungen erfolgt sind, damit doch nicht unbedingt und ohne Weiteres ein Kauf für definitiv abgeschlossen erachtet werden darf. Es ist in jedem einzelnen Falle quaestio facti, ob die Handlungen und Erklärungen der Interessenten eine beiderseitige Consens-Ertheilung und einen endlichen Abschluß enthalten, oder ob die etwa hinsichtlich einzelner Umstände erfolgte Vereinbarung nur als eine präliminarische und hypothetische zu betrachten ist. Es bedarf immer, um die letztere Annahme auszuschließen, einer Erklärung oder Handlung, welche so beschaffen ist, daß sich daraus der Schluß der Verhandlung und, nach Befinden der Wille der Contrahenten, sich auf eine Vereinigung über die essentiellen Leistungen zu beschränken, deutlich erkennen läßt, und insoweit können auch Umstände, welche an sich zum Abschlusse nicht unbedingt und wesentlich gehören, von Bedeutung werden.

41.

Der Satz: daß eine Offerte, entweder so wie sie gemacht zu acceptiren, oder ganz abzulehnen sei, in seiner Anwendung auf Zahlungen.

II. Sen.-Erk. v. 9. März 1859. ad no. 134/28. deff. I.

Der Satz, daß eine Offerte entweder so, wie sie gemacht, zu acceptiren oder ganz abzulehnen sei, ist in der Allgemeinheit, nicht

aber ohne Ausnahme, namentlich auf Zahlungen angewendet, nicht ohne Weiteres richtig. Zwar scheint sie in dem Falle zutreffend, wenn z. B.

a) Jemand einem Gläubiger zwei fällige Forderungen schuldet und letzterem soviel zahlt, als zu Tilgung der einen hinreicht, hierbei aber bestimmt, auf welche von beiden die Zahlung gerechnet werden solle, indem der Gläubiger, insofern ihm dies auch nicht sonst nach den besonderen, über die Anrechnung einer Zahlung auf verschiedene Schulden geltenden Grundsätzen verwehrt sein sollte, diese Zahlung nicht dem Willen des Schuldners entgegen auf die andere Forderung annehmen kann. Dies beruht jedoch in diesem Falle nicht sowohl, gewiß aber nicht allein auf jenem Principe. Vielmehr statuirt das Gesetz (L. 1. D. de solut. 46, 3.) hier zu Gunsten des Schuldners eine Norm der Annahme, die, in Mangel einer Erklärung Seiten des Gläubigers, dessen Willen bei der Annahme dem Willen des Schuldners entsprechend vinculirt interpretiren, und sogar eine Protestation des Gläubigers bei der Annahme zu Constatirung seines Nichteinverständnisses als eine protestatio facto contraria erscheinen läßt, weil das Recht den Gesetzen entgegenlaufende Willensacte nicht anerkennen kann. Ebenso würde der, welchem

b) ein Pferd um 100 Thaler feil ist und dem ein Anderer 100 Thaler als Kaufpreis für dasselbe mit der Bedingung einsendet, daß ihm dagegen das Pferd übergeben werde, nicht die Eingehung des offerirten Handels verweigernd, das Geld als Zahlung auf eine noch nicht fällige Schuld behalten dürfen. Ob aber, wenn er, letzteres beabsichtigend, das Geld zurückhält, hieraus eine Präsumtion für die Genehmigung des Handels folgt, also actio emti oder nur condictio ob causam datorum angestellt werden könne, dieß soll dahingestellt bleiben. Anders noch verhält sich die Sache, wenn

c) der Schuldner zu Stellung der Bedingung an sich gar nicht berechtigt ist. Uebersendet z. B. der Schuldner dem Gläubiger den Betrag der fälligen Schuld mit der schriftlich beigefügten Bedingung, daß ihm der Gläubiger denselben Betrag am andren Tage wieder darlehnsweise vorstrecke, so kann der letztere die fällige Zahlung annehmen, ohne durch die Annahme die Bedingung zu geneh-

migen, und die Thatsache der Annahme erweckt keine prävalirende Vermuthung für die Genehmigung der Bedingung, weil der Gläubiger bedingungsfreie Zahlung zu fordern berechtigt, und gegen die an sich denkbare condictio causa data, causa non secuta durch die exceptio doli generalis — dolo petis quod statim redditurus es — gedeckt ist.

42.

Stellt der Empfänger unbestellt zugesendeter Waare solche zur Disposition, erbietet sich aber später zu Bezahlung eines Theiles, so folgt daraus nicht die Acceptation der Offerte hinsichtlich des Restes.

II. Sen.-Erk. v. 31. März 1859. ad no. 739/747. von 1858.

Die Vermuthung für die Einwilligung in ein angebotenes Verkaufsgeschäft, welche dadurch begründet wird, daß der Empfänger der mit Verkaufsangebot ihm unbestellt übersendeten Waare dieselbe annimmt, zieht allerdings auch den Uebergang der Gefahr an den Empfänger vom Zeitpunkte der Annahme an nach sich. Allein die Vermuthung der Einwilligung in den Kaufsabschluß und die an diesen weiter sich knüpfenden rechtlichen Folgen können natürlich da nicht Platz ergreifen, wo mit der Erklärung die Waare zur Disposition des Absenders zu stellen oder zu halten durch eine bestimmte Willenserklärung jene Vermuthung ausgeschlossen erscheint. Wenn aber später der Empfänger, nachdem er das ursprüngliche Verkaufsangebot durch Dispositionsstellung zurückgewiesen hat, sich bezüglich einzelner Theile der Zusendung zu Erlegung des gestellten Kaufpreises erbietet, so liegt darin das Anbieten eines neuen Kaufgeschäfts von seiner Seite, das sich auf kein anderes, als das von ihm speciell bezeichnete Object beziehen läßt. Gänzlich unlogisch ist es, aus diesem Erbieten zur käuflichen Uebernahme eines Theiles der mit Verkaufsanerbieten übersendeten Quantität Waare auf Genehmigung des Kaufgeschäfts in dem ganzen vom Verkäufer proponirten Umfange zu schließen.

43.

Der zwischen dem Singularsuccessor eines Grundstücks und dem Miethmanne seines Besitzvorgängers stillschweigend oder im allgemeinen ausdrücklich wegen Fortdauer eines Miethverhältnisses geschlossene Vertrag ist von den Clauseln des früheren unabhängig.

II. Sen.-Erk. v. 9. März 1859. ad no. 134/28. deff. J.

(Der Satz wurde ausgesprochen unter Verweisung auf die Ausführung in dem in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XII. S. 353 f. abgedruckten Präjudize.)

44.

Der locator operarum hat Anspruch auf die Gegenleistung, wenn es nicht an ihm liegt, daß er die Dienste nicht leisten kann. — Anwendung des Satzes in Folge Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit. — Eintritt des locator in den Staatsdienst involvirt im Zweifel keinen Verzicht auf die contractlichen Rechte.

II. Sen.-Erk. v. 1. April 1859. ad no. 60/37. deff. J.

Mit Recht ist man in den vorigen Instanzen davon ausgegangen, daß auf das in Rede stehende Verhältniß Klägers zu der Stadtgemeinde Z .... die Grundsätze von der Dienstvermiethung analog in Anwendung zu bringen seien. Der Umstand, daß es sich im vorliegenden Falle um sogenannte operae liberales handelt, steht dem nicht entgegen.

Zu vergl. Curtius, Handbuch. Th. IV. §. 1482. a.
Sintenis, pract. gem. Civilr. 2. Bd. §. 43. not. 8. und §. 119.

Diese Ansicht hat das OAG. zeither auch constant beim Sprechen befolgt — unter andern noch ganz neuerlich in Sachen Ziesler contra den Stadtrath zu Sebnitz. 8. Oct. 1858.

Nach diesen Grundsätzen ist aber der locator operarum auf die volle Gegenleistung bezüglich deren Fortgewährung Anspruch zu machen berechtigt, wenn es nicht an ihm liegt, daß er die Dienste nicht leisten kann.

l. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. D. locat. cond. (19. 2) und im vorliegenden Falle beruht nach den Confessaten Beklagtens außer Zweifel, daß, wenn Kläger der ihm auf Lebenszeit übertragenen Stelle als etatmäßiger vierter Actuar beim Stadtgericht zu Z. verlustig gegangen, dieß nicht von ihm veranlaßt, sondern lediglich dadurch herbeigeführt worden, daß Beklagter im Jahre 1852. die der von ihm vertretenen Stadtcommun zuständige Gerichtsbarkeit freiwillig an den Staat abgetreten hat rc.

Durch das Gesetz vom 11. August 1855. würde allerdings die Stadtcommun Z. das Jurisdictionsbefugniß, hätte sie solches zur Zeit des Erscheinens desselben noch besessen, verloren haben und dadurch außer Stand gesetzt worden sein, von der Dienstleistung Klägers noch ferner Gebrauch zu machen. Allein eben weil von dem casus oder der vis major, womit Beklagter jene gesetzliche Maasregel vergleicht und auf gleiche Linie stellt, ein der Stadtgemeinde Z. zuständig gewesenes Recht betroffen worden, in Bezug auf welches die Dienste des Klägers zu leisten gewesen, muß angenommen werden, daß der casus sich in der Person der gedachten, von Beklagtem vertretenen, Stadtcommun ereignet habe, woraus folgt, daß auch alle damit verknüpften nachtheiligen Folgen lediglich diese treffen.

Zu vergl. Glück, Commentar. Thl. 17. S. 422.

Die Person des Klägers erscheint dagegen von jener gesetzlichen Bestimmung an sich gar nicht tangirt, die Befähigung zu Bekleidung eines Amtes, wie das ihm von Beklagtem übertragen gewesene, ist ihm durch dieselbe nicht entzogen worden, das Aufhören seiner Function würde vielmehr voraussetzlich, hätte dieselbe zur Zeit, wo das Gesetz in Wirksamkeit trat, noch bestanden, ganz allein dadurch haben verursacht werden können, daß der Stadtgemeinde Z. die Jurisdiction, bei deren Verwaltung Kläger durch das ihm übertragene Amt mitzuwirken berufen war, entzogen worden und auf den Staat übergegangen wäre rc.

Von den bisher entwickelten Grundsätzen ist übrigens das OAG. auch bereits in der obenbemerkten Rechtssache Ziesler contra die Stadtgemeinde zu Sebnitz ausgegangen.

Auch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz kann aus der

Thatsache, daß Kläger, nachdem er seiner Stelle als Stadtger.-Actuar zu Z. durch die Abtretung der dieser Stadt zuständig gewesenen Jurisdiction an den Staat verlustig worden, eine Anstellung im Staatsdienste gesucht und erlangt hat, keineswegs gefolgert werden, daß derselbe auf seine aus dem Anstellungsvertrage erlangten Rechte an Beklagten verzichtet habe. Wer ein mit Gehalt verbundenes Amt übernimmt, thut dies voraussetzlich in der Absicht, durch die für seine Mühwaltung sich ausbedungene Gegenleistung ganz oder theilweise die Mittel zu seinem Lebensunterhalte zu erwerben. Bei eintretender Entlassung und Vorenthaltung der Gegenleistung wird derselbe daher in der Regel genöthigt sein, seine Zeit und Arbeitskraft zu anderweitem Erwerbe zu benutzen, um nach Befinden sich vor Mangel zu schützen, oder doch die nachtheiligen Folgen des erlittenen Verlustes seines Amts möglichst abzuwenden. Es geschieht dies dem Mitcontrahenten — conductor operarum — zwar insofern zum Nutzen, als derselbe, wenn er auf Entschädigung wegen unbegründeten Abgehens vom Anstellungs- oder Dienstvertrage und wegen Vorenthaltung der Gegenleistung von dem Entlassenen belangt wird, auf den Schädenanspruch des Letzteren dasjenige in Abrechnung bringen kann, was dieser durch anderweite Verwendung seiner Zeit und Thätigkeit erworben hat; ja es wird der conductor operarum in den meisten Fällen sogar einen beachtlichen Einwand gegen seine Verpflichtung zum Schadenersatze, bezüglich der Höhe desselben, daraus herleiten können, wenn der locator eine sich ihm dargebotene Gelegenheit, unter gleichen Verhältnissen seine Zeit und Kräfte anderweit zu verwerthen, absichtlich unbenutzt gelassen haben sollte. Allein eine concludente Thatsache dafür, daß der conductor des Anspruchs auf Entschädigung gänzlich entlassen sein solle, ist darin, daß der locator anderweiten Erwerb gesucht und gefunden hat, an sich jedenfalls nicht zu erblicken. Nur wenn der vom Amte Entlassene anderweit eine *solche* Stellung angenommen hätte, welche ihn verhinderte, auf Verlangen seine vertragsmäßigen Dienste sofort wiederum dem zu widmen, der ihm das Amt übertragen hatte, würde sich annehmen lassen, daß ein thatsächlicher Verzicht auf weitere Entschädigung vorläge, weil der locator operarum, wenn er die Belohnung für seine Dienstleistungen ungeachtet des Aufhörens derselben fordern will, zu

den letzteren jederzeit bereit und im Stande sein muß. Allein in eine solche Lage hat sich Kläger durch seinen Eintritt in den Staatsdienst nicht gebracht, da nach Maasgabe der Bestimmung in §. 28. des Staatsdienergesetzes vom 7. März 1835. ein Staatsdiener das ihm übertragene Amt jederzeit beliebig niederlegen und, von einigen durch besondere Verhältnisse bedingten Ausnahmefällen, welche einen kurzen Aufschub herbeizuführen geeignet, abgesehen, seiner sofortigen Entlassung aus dem Staatsdienste auf seinen Wunsch sich versichert halten kann.

45.

Die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Herausgabe der Hyperocha involvirt die der Rechnungslegung über die distractio pignoris.

III. Sen.-Erk. v. 19. März 1859. ad no. 85/68. v. 1858.

Der Pfandgläubiger ist, wenn er die ihm als Pfand übergebene Sache Behufs seiner Befriedigung veräußert hat, verbunden, dem Schuldner die nach Abzug der ihm zustehenden Forderung verbliebene hyperocha herauszugeben.

l. 24. §. 2. D. de pignorat. act. vel contra (13. 7.)

Dasselbe findet natürlich auch statt, wenn der Gegenstand des Pfandvertrags nicht eine körperliche Sache, sondern eine außenstehende Forderung ist, hinsichtlich deren die distractio pignoris dadurch erfolgt, daß der Pfandgläubiger, welchem zu diesem Behufe nach gemeinrechtlichen Grundsätzen

l. 18. D. t. l.

l. 13. §. D. de pignor. et hyp. (20. l.)

l. 4. C. quae res pign. obl. poss. (VIII., 17.)

v. Langenn u. Kori, Erörterung. I. p. 89.

die utilis actio gegen den Schuldner des verpfändeten nomen zukommt, die Forderung einzieht, oder an eine dritte Person veräußert. Die Bestimmungen der l. 9. §. 3. 5. D. de pign. act., auf welche sich die zweite Instanz bezogen hat, leiden auf den vorliegenden Fall nur insoweit Anwendung, als der Kläger in seiner Eigenschaft als Cessionar des Pfandschuldners allerdings nicht berechtigt gewesen sein würde, die gänzliche oder theilweise Zurückcession der verpfändeten

nomina vor vollständiger Befriedigung des Pfandgläubigers zu verlangen, sie steht aber einem Anspruche des Pfandschuldners auf Herausgabe des nach erfolgter Veräußerung des verpfändeten nomen durch den Pfandgläubiger sich etwa ergebenden Ueberschusses und zu diesem Behufe auch auf Rechnungsablegung nicht entgegen. Die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers, welcher in der einen oder andern Weise das Pfand distrahirt hat, zur Rechnungsablegung liegt übrigens in der Natur der Sache und ist begründet theils durch die Verbindlichkeit, den Ueberschuß herauszugeben, theils durch die Erwägung, daß voraussetzlich dem Pfandschuldner die näheren Umstände einer ohne seine unmittelbare Concurrenz getroffenen Verfügung nicht bekannt sein können, derselbe also ohne diese dem Pfandgläubiger obliegende Verbindlichkeit nicht im Stande sein würde, den an die Schlüssigkeit einer actio pignoratitia zu stellenden Anforderungen zu genügen.

46.

Exceptio rei judicatae — Formelle Wahrheit in Bezug auf Thatsachen ist für spätere, andere causas petendi betreffende Prozesse derselben Partheien nicht durchgreifend.

III. Sen.-Erk. v. 26. Febr. 1859. ad no. 14/8. deff. 3.

Der Zweck rechtlicher Entscheidungen ist die Feststellung von Rechtsverhältnissen, nicht von Thatsachen; die letzteren kommen nur als die nothwendigen Unterlagen der erstern und nur in ihrer Beziehung zu denselben in Betracht. Hätte beispielsweise ein Kläger unter Bezugnahme auf das erfolgte Ableben einer Person irgend ein Recht in Anspruch genommen, und den formellen Beweis dieses Ablebens der materiellen Wahrheit entgegen hergestellt, so würden für den eben ventilirten Rechtsstreit an diesen Beweis zwar alle Folgen gegen den Beklagten geknüpft werden müssen, die an die Thatsache, wenn sie wahr wäre, sich knüpfen lassen, allein so weit erstreckt die Wirkung der Rechtskraft sich nicht, daß die im Erkenntnisse erkannte formale Wahrheit einer Thatsache auch außerhalb des Prozesses, in welchem sie anerkannt worden, zwischen den nehmlichen Partheien in jedem künftigen Rechtsstreite als bereits feststehend betrachtet werden

und daß also in dem gegebenen Beispiele zwischen den Partheien eine noch lebende Person fortdauernd als todt anzusehen sei, weil der Beweis ihres Ablebens aus formalen Gründen einmal als geführt hat betrachtet werden müssen.

Deswegen erfordern die Rechtsquellen für die Annahme der exceptio rei judicatae vorzugsweise die Gleichheit der causa petendi; vergl. L. 12. 13. 14. pr. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

47.

Das Mandat vom 20. Decbr. 1766. enthält kein Verbot der Wetten im Allgemeinen, sondern nur derer beim Spiele.

III. Sen.-Erk. v. 14. Mai 1859. ad no. 6/18. beſſ. 3.

Das Mandat vom 20. Decbr. 1766. spricht seinem ganzen Inhalte nach nur von Wetten, welche über das Spiel angestellt werden. Schon die Ueberschrift dieses Gesetzes kündigt dieß an und ebenso wird ad 1. des Gesetzes dem Verbote der Spiele ein Verbot der Wetten darüber, durch die Worte „nebst den Wetten darüber" angereihet. Immer werden Spiele und Wetten in einem Zusammenhange erwähnt, aus welchem erhellet, daß der Gesetzgeber nur dasjenige habe treffen wollen, was dem verbotenen Spiele selbst in der That gleich zu achten ist, und dieß ist allerdings bei Wetten über das Spiel der Fall, da der ungewisse Ausgang, der bei der Wette wesentlich erforderlich ist, von einem verbotenen Vornehmen (das Spiel) abhängig gemacht und dadurch dem Spiele selbst gleich wird. Daher denn auch das Gesetz vom „Spiel oder desfalls angestellten Wetten" spricht (ad 5.) und dadurch die Kategorie, welche getroffen werden sollte, bezeichnet.

Wenn nun gleich öfters in dem Gesetze das „Spielen oder Wetten" ohne besonderen Beisatz erwähnt wird, so lehret doch der ganze Zusammenhang, daß von dem Wetten über das Spiel die Rede sei, weil Alles das zu verbieten war, was in Wahrheit, wenn auch unter anderen Namen mit dem Spiele identisch ist.

Auch in Nr. 3. des Gesetzes ist nicht von hohen Spielen und von hohen Wetten abgesondert die Rede, sondern eben nur von zu hohen Spielwetten, weil dieser Theil hier nicht sowohl das

Spiel selbst verbot (wenn es nur nicht Hazardspiel), sondern nur das zu hohe Spiel, sei es auch ein erlaubtes, treffen wollte. Es war daher ganz consequent, wenn auch hier das zu hohe Wetten in den Kreis des Verbotenen gezogen ward. Also auch dieser Theil des Gesetzes berührt die Wetten, welche ohne ein Spiel angestellt werden, nicht.

48.

Redemtio litis ist es an sich nicht, wenn der Client dem Sachwalter die in lite befangene Forderung zu Deckung einer Schuld cedirt.

III. Sen.-Erk. v. 16. April 1859. ad no. 22/17. deff. J.

Die Cession der Forderung Klägers Bl. fällt, so viel sich aus den Acten ersehen läßt, nicht unter den Begriff einer redemtio litis. Als solche hat es nämlich zu gelten, wenn, wie

Gribner Discurs zur Prozeß-Ordn. ad h. t. (ad tit. III. 1. 5. v. Redimiren S. 68. der 2. Aufl.)

richtig bemerkt,

„ein Advocat zu seinem Clienten sagt, hört die Sache ist dubiös, ich will euch so und so viel vor den Prozeß geben und ihn auf meine Kosten führen."

Davon ist aber in dem vorliegenden Falle Etwas nicht zu erkennen.

49.

Der Grundsatz, daß in Untersuchungssachen nicht in durius erkannt werden könne, leidet auch auf das Strafverfahren wegen Nachdrucks ꝛc. Anwendung.

II. Sen.-Erk. vom 20. April 1859. ad no. 822/827. v. 1858.

Der im Gesetze, die höheren Justizbehörden ꝛc. betr. vom 28. Januar 1835. §. 38. sanctionirte Grundsatz, daß in Untersuchungssachen nicht härter, als bereits geschehen, erkannt werden darf, war bei dem Mangel diesfallsiger besonderer gesetzlicher Bestimmungen auch auf die wegen Beeinträchtigungen der Rechte an literarischen

Erzeugnissen und Werken der Kunst vom 22. Febr. 1844. zu führenden Untersuchungen anzuwenden.

Nun hat es aber die neuere Gesetzgebung, sowohl was die das Untersuchungsverfahren betreffenden formellen Bestimmungen des Gesetzes vom 22. Febr. 1844. als die materiellen Bestimmungen desselben anlangt, ausdrücklich bei den früheren Vorschriften bewenden lassen.

cfr. Verordnung zur Publication des Strafgesetzbuchs vom 13. August 1855. sub §. 3. sub 4. (G. u. V.-Bl. S. 177.)

Verordnung zur Publication der Strafproceßordn. vom 13. August 1855. §. II. 5. (G. u. V.-Bl. S. 319.)

Die von den Denuncianten hiergegen erhobenen Einwendungen sind unbeachtlich.

Es ist zunächst nicht zu ersehen, wie die im Gesetz vom 22. Febr. 1844. geordneten Strafen, welche nicht den Beeinträchtigten, sondern den Inhabern der Gerichtsbarkeit zufallen, den Charakter einer Privatstrafe an sich haben sollen.

Wenn das Criminalgesetzbuch vom J. 1838. überhaupt nur zweierlei Arten von Bestrafungen kennt, und zwar solche, die von Amtswegen, und solche, die auf Antrag eines Verletzten verfügt werden, so gehören der letzteren Gattung diejenigen an, welche nach §. 10. des Gesetzes vom 22. Februar 1844. in der auf Antrag eines Beeinträchtigten geführten Untersuchung verhängt werden.

Schon bei dieser Sachbewandtniß läßt sich nicht, wie die Denuncianten Bl. behaupten wollen, sagen, daß eine solche Strafe als ein annexum des Schadenersatzes erscheine rc.

Gleichergestalt steht den Denuncianten auch nicht die in §. 17. des Gesetzes vom 22. Febr. 1844. enthaltene Bestimmung:

> daß das strafrechtliche Verfahren selbst in dem Falle, wenn die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit an einem Orte verschiedenen Behörden zustehe, vor das rücksichtlich der Geltendmachung der privatrechtlichen Ansprüche competente Civilgericht gehöre, und dem wegen der letzteren stattfindenden Instanzenzuge unterworfen sei,

zur Seite. Denn diese Bestimmung beruht auf der Voraussetzung, daß überhaupt im concreten Falle dergleichen privatrechtliche An-

sprüche existent sind, wo denn natürlich in Betreff des Umfanges und des Bestehens der privatrechtlichen Ansprüche — was auch bei der ausgesprochenen Bestrafung des Angeschuldigten zweifelhaft sein kann — der geordnete Instanzenzug offen steht.

50.

Erben eines Rechnungsführers können nur im Rechtswege zu Rechnungslegung genöthigt werden, auch wenn jene im Verwaltungswege dazu angehalten werden dürfen.

II. Sen.-Erk. v. 14. April 1859 ad no. 788/814 von 1858.

Schon die Fassung der Bestimmung in §. 19. sub 3. des Competenzgesetzes vom 28. Januar 1835 (sub A.) würde, wenn es auch nicht in der Natur der Sache läge, unzweideutig an die Hand geben, daß das Befugniß der Verwaltungsbehörden, säumige Rechnungsführer zu ihrer Obliegenheit anzuhalten, mit der Disciplinargewalt zusammmenhängt, welche diesen Behörden über ihre Rechnungsbeamten zusteht. Dies beweist außer der Bezugnahme auf das Mandat vom 1. September 1828 der Umstand, daß das Anhalten zur Rechnungsablegung ohne Weiteres „durch Strafen" geschehen soll, daß bei nicht erfolgter oder ungenügender Beantwortung der Erinnerungen die betreffende Verwaltungsbehörde selbst den Rechnungsabschluß festzustellen und die etwaigen Defecte nach den Bestimmungen in §. 2. und 3. des gedachten Gesetzes sub A. einzubringen hat, der Rechtsweg aber für etwaige Ansprüche des Rechnungsführers diesem vorbehalten bleiben soll. Ein Verfahren dieser Art, abgesehen davon, daß es nach der deutlichen Aussprache des Gesetzes („berechtigt") überhaupt blos facultativ ist, und die betreffende Verwaltungsbehörde nicht hindert, statt dessen sogleich den Rechtsweg einzuschlagen, erscheint von selbst ausgeschlossen, sobald durch den Tod des Beamten die Disciplinargewalt über denselben aufgehört hat; wenigstens würden die Erben eines solchen Beamten, wenn gegen sie in der bezeichneten Weise von der Verwaltungsbehörde vorgeschritten werden sollte, sich dem zu fügen nicht für verbunden erachtet werden können.

Hierzu kommt, daß es nichts weniger als eine materielle Be-

schwerde für Beklagte enthält, wenn sie im Rechtswege auf Rechnungsablegung belangt werden, da es einerseits ganz in ihrer Hand liegt, gefürchtete kostspielige Weiterungen zu vermeiden, andererseits aber gerade auf diesem Wege ihnen zur Wahrnehmung ihrer Rechtsnothdurft und Vertheidigung die ausreichendste Gelegenheit geboten erscheint.

51.

Die Verbindlichkeit der Erben eines Rechnungsführers zur Rechnungslegung ist eine untheilbare, jedoch jedem Einzelnen obliegende.

Dasselbe Erkenntniß.

Die Verpflichtung der Erben zu Ablegung der ihrem Erblasser obgelegenen, von diesem aber verzögerten oder verweigerten Rechnung wird von den Beklagten selbst als eine untheilbare bezeichnet, was sie auch unstreitig in dem Sinne ist, daß eine blos antheilige Erfüllung der Natur der Sache nach nicht stattfinden kann. Hieraus folgt aber keineswegs, daß diese Verpflichtung nur allen Erben zusammen obliegen könne, der einzelne Erbe, von dem sie verlangt wird, aber dazu nicht verbunden sei. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn es sich von einer Leistung handelte, die dem einzelnen Erben ohne Mitwirkung der übrigen unmöglich fiele, wie z. B. von der Herausgabe einer untheilbaren, im Miteigenthume der übrigen Erben befindlichen, also der Disposition des einzelnen Erben allein nicht unterworfenen Sache. Eine solche Leistung ist aber die Rechnungsablegung über eine von dem Erblasser geführte Verwaltung offenbar nicht, im Gegentheile kommt hierbei, da dieselbe blos eine präparatorische Maßregel bildet, um nach Befinden zu einer Geldforderung zu gelangen, jedem einzelnen Erben ein selbstständiges Dispositionsrecht insofern zu, als für ihn die Erklärungen seiner Miterben an sich unverbindlich sind und er diese nicht zu seinem Nachtheile anzuerkennen braucht. Welche einzelne Erben nun aber der Berechtigte auf Rechnungsablegung belangen will, hat derselbe nach dem bekannten Grundsatze, daß es Sache der Willkühr ist, seine Rechte geltend zu machen oder nicht, lediglich in seiner Hand, und es haben auch die solchergestalt in Anspruch

genommenen Erben keinen Grund zu dem Einwande, daß sie dadurch in eine nachtheiligere Lage versetzt würden, als wenn von allen Erben gleichzeitig die Rechnungsablegung verlangt würde, weil, sollte das Resultat der Rechnungsablegung zu Ansprüchen an den Verstorbenen führen, sie immer nur nach Verhältniß ihrer Erbtheile verantwortlich und zahlungspflichtig sind.

Wenn Beklagte übrigens zu Rechtfertigung ihrer Ansicht sich darauf beziehen, daß bei vorhandener solidarischer Verpflichtung die Leistung des einen correus debendi den andern befreie, so ist nicht abzusehen, welche Anwendung von diesem Grundsatze im vorliegenden Falle zu machen sein könnte. Denn zur Zeit liegt nicht vor, daß von einem ihrer Miterben bereits Rechnung abgelegt worden sei. Wäre dies der Fall, so würde es ihnen selbstverständlich freistehen, auf diese Rechnung Bezug zu nehmen und Klägern darauf zu verweisen, nur würden sie in diesem Falle aber auch die Consequenzen hiervon gegen sich gelten, d. h. diese Rechnung als gleichsam von ihnen selbst ausgehend oder doch anerkannt und je nach deren Resultate sich pro portione hereditaria als zahlungspflichtig betrachten lassen müssen; wollten sie dies aber nicht, so würden sie allerdings eine andere, ihrer Ansicht nach richtigere Rechnung aufzustellen und vorzulegen haben.

52.

Alimentationsansprüche der Mutter eines außerehelichen Kindes gegen den Schwängerer unterliegen nicht der kurzen Verjährung.

II. Sen.-Erk. v. 29. März 1859 ad no. 800/795. von 1858.

Das OAG. hat in neuerer Zeit constant die Rechtsansicht befolgt, daß die Vorschrift in §. 1. sub 9. des Gesetzes vom 23. Juli 1846 auf den Fall nicht anwendbar sei, wenn die Mutter eines außerehelichen Kindes wegen der von ihr bestrittenen Alimente den Vater dieses Kindes in Anspruch genommen hat. Von dieser Ansicht abzugehen, hat man auch im vorliegenden Processe keine Veranlassung gefunden. Die Gründe, auf welchen dieselbe beruht, sind in den Bl. angezogenen, veröffentlichten Enscheidungen des OAG.

vergl. namentlich die Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Band 16. S. 144 fg. 147 fg. ausführlich entwickelt worden.

53.

Der Mutter eines außerehelichen Kindes steht die Präsumtion zur Seite, daß sie es ernährt und künftig ernähren werde.

II. Sen.-Erk. v. 6. April 1859 ad no. 807/806 von 1858.

Durch das natürliche Verhältniß der Mutter zu ihrem außerehelichen Kinde ist die Präsumtion gerechtfertigt, daß dieselbe für dessen Unterhalt und Erziehung selbst gesorgt und den hierzu erforderlichen Aufwand bestritten habe und auch künftig bestreiten werde. Es bedarf also an sich weder eines Beweises noch einer speciellen Angabe darüber, wie Klägerin für den Unterhalt ihres Kindes gesorgt habe.

54.

Zugeständnisse der Vaterschaft Seiten eines außerehelichen Schwängerers **vor** der Geburt des Kindes sind im Zweifel wirkungslos.

II. Sen.-Erk. v. 8. März 1859 ad no. 781/748 von 1858.

Daß Zugeständnisse des Stuprators, Urheber der Schwangerschaft der Stuprata, oder Vater des von derselben zu gebärenden Kindes zu sein, wenn sie zu einer Zeit erfolgen, wo die Zeit der Niederkunft noch ungewiß und nicht zu übersehen ist, ob dieselbe der den desfallsigen gesetzlichen Bestimmungen gemäß anzunehmenden Conceptionszeit entsprechen werde, unbeachtlich und rechtlich unwirksam seien, ist ein Satz, welchen auch das OAG. constant befolgt, und welcher offenbar aus der Natur der Sache fließt.

55.

Einrede des Schwängerers, daß nicht die klagende Mutter, sondern ein Dritter die Ernährung des Kindes für ihn bestritten.

II. Sen.-Erk. v. 7. April 1859. ad no. 865/807 von 1858.

Anlangend das Bl. zu lesende exceptivische Vorbringen, wonach Beklagter behauptet hat, die Klägerin habe vom Monate Juni 1854

bis zum August 1857 von der Armenversorgungsbehörde zur Unterhaltung und Erziehung beider Kinder eine wöchentliche Unterstützung von 12 ngr. 5 pf. und das Nöthige an Kleidungsstücken, Schuhwerk ꝛc. gewährt erhalten, so kann man der Klägerin im Allgemeinen zwar die Richtigkeit des von ihr aufgestellten Satzes zugeben, daß der Vater eines außerehelichen Kindes nicht so ohne Weiteres daraus eine Befreiung von seiner Verpflichtung zur Zahlung von Alimenten ableiten könne, daß die Mutter, welche das Kind erzogen, zu diesem Ende auch noch von dritter Seite Unterstützungen erhalten hat; schon darum nicht, weil seine Verpflichtung eine gesetzliche ist, welche von der Frage, ob der Mutter die Mittel zur Erziehung des Kindes selbst zu Gebote gestanden haben oder nicht, keineswegs abhängt. Allein eben so wenig läßt sich mit Grund bestreiten, daß die von dritter Seite der Mutter zu Theil gewordene Gewährung von Alimenten dem Schwängerer ausnahmsweise dann einem Anspruche der Mutter gegenüber zu Statten kommen müsse, wenn und insoweit sich nachweisen läßt, daß der von dem Dritten geleisteten Zahlung an die Mutter keineswegs eine gegen diese oder gegen das Kind geübte Liberalität zu Grunde lag; daß dieselbe vielmehr lediglich als eine zu Gunsten des Schwängerers selbst geleistete Zahlung, als negotiorum gestio für den Letzteren, betrachtet werden müsse; indem solchenfalls der Schwängerer, soweit für ihn negotia gerirt worden sind, der Ausflucht der Zahlung mit Erfolge sich bedienen kann. Hiernach und da nach Maaßgabe der Bestimmungen in §. 7. der Armenordn. v. 22. October 1840 die der Behauptung des Beklagten zufolge Seiten der Armenversorgungsbehörde der Klägerin gewährte Unterstützung nur als ein Vorschuß zu Gunsten des Beklagten anzusehen ist, rücksichtlich dessen der öffentliche Armenfonds Ersatz von ihm zu verlangen befugt sein würde, unterliegt die Schlüssigkeit der Ausflucht keinem Zweifel. Insbesondere bedurfte es nicht erst noch des Anführens des Beklagten, daß die Armenbehörde den gesetzlich ihr zuständigen Regreßanspruch an ihn ausdrücklich vorbehalten habe.

56.

Zu Begründung der Klage des Mündels gegen den Vormund auf Rechnungslegung und Leistung eines Specificationseides gehört die schlüssige Bezugnahme, daß der Vormund Mündelvermögen zu verwalten gehabt.

II. Sen.=Erk. v. 14. März 1859. ad no. 624/721. von 1858.

Die von der vorigen Instanz Bl. angezogene Bestimmung der Vorm. Ordn. Cap. XVIII. §. 2. kann man nicht als in dem vorliegenden Falle anwendbar erachten.

Denn theils ist, wenn man diese Bestimmung mit der des §. 1. und denen des Cap. XVII. vergleicht, anzunehmen, daß dieselbe auf der Voraussetzung beruhe, daß die Sachlage und die Thätigkeit des Vormundes eine solche gewesen sei, wo mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung in Verbindung gestanden habe, theils führt jene Bestimmung zunächst nur auf von dem Vormundschaftsrichter zu erlassende Strafinjuncte, somit nicht auf ein prozessualisches, sondern auf ein dem Justizverwaltungsrecht angehöriges Verfahren.

Daß aber Beklagter Vermögen seines Mündels in die Hände bekommen, ist in der Klage nicht behauptet; ja es läßt sich nicht einmal, wie Bl. angenommen worden, mit einiger Sicherheit aus der Klage schließen, daß dießfalls Gelegenheit gewesen wäre.

Indem daher insoweit den Gründen Bl. beizupflichten ist, kann auch der hervorgehobene Gesichtspunkt der Verbindlichkeit des Rechnungsführers bei dem Mangel von Monitis, wenigstens den Specificationseid zu leisten, nicht zu Aufrechterhaltung der Klage mit der von voriger Instanz gewählten Beschränkung führen, weil diese Verpflichtung —

vergl. auch Dec. el. 56. in fine —

auf der Voraussetzung einer gehabten Verwaltung fußt, diese aber hier nach dem Vorbemerkten durch die Klage nicht begründet ist.

57.

Der Schuldklage einer Ehefrau kann ein ohne Beitritt des Ehemannes abgelegtes Empfangsbekenntniß entgegengesetzt werden.

II. Sen.-Erk. v. 24. März 1859. ad no. 689/726. von 1858.

Die in Ansehung der Ehefrauen zu der Rechtsverbindlichkeit einer verpflichtenden Handlung schon nach älterem, sächsischen Rechte,

const. 15. p. II. vom Jahre 1572. decis. XXII. de anno 1661.

Mandat von Verschreibungen und Obligationen der Weibspersonen, vom 18. November 1722.

erforderliche Concurrenz der Ehemänner, welche aus dem deutschrechtlichen Institute der ehelichen Vormundschaft folgt, ist in den neueren Gesetzen,

Mandat, die Geschlechtsvormundschaft betr., vom 10. November 1828.

Gesetz, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betr., vom 8. Januar 1838.

nicht aufgehoben. Im Gegentheile ist in dem letztgedachten Gesetze sub 3. diejenige Pflegschaft, welche den Ehemännern in Ansehung ihrer Ehefrauen in den Rechten beigelegt wird und welche unter dem Namen der ehelichen Vormundschaft begriffen ist, ausdrücklich als fortbestehend anerkannt. Es gilt also noch dermalen als Regel, daß eine Ehefrau, abgesehen von dem gegenwärtig nicht vorliegenden Falle eines Receptiziengutes, kein Rechtsgeschäft, welches für sie Verpflichtungen begründen oder sonst rechtsverbindliche Folgen haben würde, ohne Zustimmung des Ehemanns in giltiger Weise vollziehen kann. Folgerecht kann daher auch die von einer Ehefrau ohne Beitritt des Ehemannes bewirkte Einhebung eines dem ehemännlichen Nutznießungs- und Verwaltungsrechte unterliegenden Capitals den Effect einer die Liberation des Schuldners und die Löschung des dießfallsigen etwaigen Pfandrechts mit sich bringenden solutio im rechtlichen Sinne nicht äußern, da sie als solche des für ihre Giltigkeit wesentlichen Requisits, der ehemännlichen Zustimmung, entbehrt.

Allein dies führt nicht dazu, daß eine derartige Zahlung überhaupt keinerlei rechtliche Folge haben könne, oder als ein im rechtlichen Sinne schlechthin unwirksames Factum zu betrachten sei.

Daß aus der ohne Zustimmung ihres ehelichen Vormundes erfolgten Aufnahme von Darlehen eine Ehefrau ex in rem verso verpflichtet werden könne, ist in der zu Erläuterung der obenangezogenen Constitution vom 18. November 1722. erlassenen Resolution vom 1. Juli 1723. (C. A. tom. I. pag. 2371.) ausdrücklich anerkannt. Ueberhaupt aber ist dadurch, daß die Ehefrau ohne ehemännlichen Beitritt sich nicht vertragsmäßig verpflichten kann, die Möglichkeit der Entstehung einer sogenannten unmittelbaren Verbindlichkeit nicht ausgeschlossen; denn diese statuirt das Gesetz bei dem Vorhandensein eines gewissen thatsächlichen Verhältnisses aus Gründen der Billigkeit auch dann, wenn die verpflichtete Person an sich unfähig ist, durch ihre Willenserklärung allein sich verbindlich zu machen. Der in den Rechten anerkannte Grundsatz der Billigkeit, daß Niemand sich zu dem Schaden eines Anderen wider dessen Willen bereichern dürfe, steht aber auch der Ehefrau entgegen, welche die ohne ehemännliche Concurrenz von dem Schuldner erhobene Zahlung entweder innebehält, ohne dem Letzteren eine legale und, wenn eine Hypothekschuld in Frage steht, zu Löschung der bezüglichen Hypothek geeignete Quittung zu verschaffen, oder sogar den Schuldner auf nochmalige Zahlung belangt.

In beiden Fällen würde sich die Ehefrau zu dem Schaden des Schuldners widerrechtlich bereichern. Zum Schutze hiergegen ist daher der Letztere berechtigt, in dem zuletzt gedachten Falle eines anderweiten Anspruchs die bereits geleistete Zahlung als Ausflucht (exceptio doli generalis) vorzuschützen, während ihm in dem zuvorerwähnten Falle ein Anspruch auf Restitution des Gezahlten mittelst einer actio in factum oder einer condictio nicht versagt werden kann.

Wendet man diese von dem OAG. angenommenen und bereits in Sachen Gerstenbergers contra die verehel. Pögner, Monat Juni 1855 angewendeten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so steht die Bl. in Abschrift zu lesende Urkunde in der oben nachgewiesenen Bedeutung eines Bekenntnisses über erfolgte Bezahlung der streitigen Summe einem anderweiten Anspruche der Klägerin auf Zahlung derselben Summe entgegen.

58.

Das Possessorium ordinarium wegen Dienstbarkeiten kann gegen den Grundstückseigenthümer angestellt werden. — Es erfordert (älteren) 10jährigen fehlerfreien Besitz.

II. Sen.-Erk. v. 24. Febr. 1859. ad. no. 674. 75./729. 30. von 1858.

Die Ansicht, daß wegen Dienstbarkeiten gegen den Grundstücks-Eigenthümer überhaupt das possessorium ordinarium nicht angestellt, sondern nur petitorisch geklagt werden könne, ist allerdings mitunter aufgestellt und damit zu rechtfertigen versucht worden, daß, wenn es auch in Fällen dieser Art sich nicht darum handle, wer den älteren Besitz einer und derselben Sache habe, sondern die Behauptungen des Besitzes und der natürlichen Freiheit sich gegenüberständen, die letztere doch nothwendig stets der ältere Zustand sein müsse. Allein das Irrige derselben ergiebt sich eben aus der hierbei zugegebenen objectiven Ungleichheit und dem blos negativen Character des Besitzes der natürlichen Freiheit, gegenüber der Behauptung des Servitutenbesitzes, durch welchen letzteren die für die natürliche Freiheit streitende Präsumtion, eben wegen der entgegenstehenden Besitzacte für den Besitzproceß paralysirt und vielmehr dem petitorio — als Grundlage einer etwa anzustellenden Negatorienklage — zugewiesen erscheint.

Von dem OAG. ist daher diese Meinung wiederholt reprobirt worden, zumal derselben überdies die Bestimmungen des Anhanges der Erl.Prc.Ordn. §§. 19. und 20. entgegentreten. Denn diese sind von der Art und so gefaßt, daß man nicht verkennen kann, der Gesetzgeber habe in Ansehung derselben Objecte, wegen deren das possessorium summarium angestellt werden kann, und zu welchem die possessio jurium et servitutum ausdrücklich gerechnet werden, auch das possessorium ordinarium für zulässig erachtet und eine Verschiedenheit zwischen beiden nur rücksichtlich der rechtlichen Wirkungen des Proceßverfahrens und insofern angenommen, als in possessorio summario der jüngste, in ordinario aber der ältere und richtigere Besitz die Grundlage bildet. Auch die Praxis, sowohl älterer als neuerer Zeit ist in dieser Beziehung nicht schwankend gewesen, wie schon die Fassung der Erkenntnisse über den jüngsten Besitz dar-

thut, indem diese, wenn auch der Gegenstand des possess. summarii Servituten und derartige Befugnisse gewesen, jederzeit und ohne Unterschied dahin gerichtet worden, daß Kläger im jüngsten Besitze zu schützen, bis Beklagter in possessorio ordinario oder petitorio ein Anderes ausgeführt habe.

Zu vergl. Hommel, deutscher Flavius s. v. possess. II. III. IV. Pfotenhauer, Abhandl. über possess. summar. Beil. II. S. 106. Carpzov. Definit. XI. XII. ad Const. elect. VII. P. II.

In der sonstigen Natur der Sache liegt ebenfalls kein Grund, eine Ausnahme von der Regel für Fälle von Servituten und ähnlichen Befugnissen zu machen. Denn das possessorium soll zur Sicherung des Besitzstandes dienen, das possessorium summarium zum Schutze des jüngsten, das ordinarium zum Schutze sowohl als zur Wiedererlangung des älteren und richtigeren Besitzes. Unter letzterem — „richtigerer Posseß" — ist nicht ein titulirter, sondern ein solcher zu verstehen, welcher fehlerfrei ist,

vergl. v. Langenn, Erörterungen Thl. II. Abth. XXI. S. 229. f.

Ein älterer aber ist dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Kläger von dem Seiten des Beklagten erfolgten Widerspruche zurückgerechnet, während eines längeren Zeitraums, als zum Schutze im jüngsten Besitze erforderlich, sich befunden hat, dessen Dauer zwar von den Gesetzen nicht näher bestimmt, durch den Gerichtsbrauch, welchen das OAG. constant befolgt hat, aber auf die Dauer von 10 Jahren festgestellt worden ist.

Uebrigens ist auch aus Cap. 9. X. de probation., welche Stelle gewöhnlich als eine Rechtsquelle für das possessorium ordinarium bezogen wird, kein Grund gegen die Anwendbarkeit dieses Institutes auf Servituten und diesen ähnliche Befugnisse beim Gegenüberstehen des Quasibesitzers der letzteren und des Eigenthümers des Grundstücks zu entnehmen. Denn daraus, daß der dort erwähnte Fall ein Jurisdictionsbefugniß betrifft, auf dessen Besitz zwei Kirchen gleichzeitig Anspruch machten, mithin ein in objectiver Hinsicht gleicher Besitz in Frage stand, kann nicht gefolgert werden, daß das possessorium ordinarium ausgeschlossen sei, wenn der Eigenthümer die Immunität von dem Rechte behauptet, in dessen älterem Besitze der

Kläger sich zu befinden anführt. Vielmehr ist diese Gesetzstelle nur insofern von Wichtigkeit, als sie den Satz festzustellen dient und gedient hat, daß die Präsumtion der Rechtmäßigkeit für diejenige Parthei streite, welcher der ältere Besitz zur Seite steht.

59.

Constitutum possessorium bei dem Kaufe vermittelt auch nach sächsischem Rechte den Eigenthumserwerb. — Die Bestimmung der Erl. Proz. Ordn. ad Tit. XLIV. §. 2. bezieht sich nur auf Pfandrecht an beweglichen Sachen.

II. Sen.-Erk. vom 19. April 1859. ad no. 784/819. von 1858.

Eine andere, bei der gegenwärtigen Entscheidung in Betracht zu ziehende Frage ist die, ob hinsichtlich der mehrbemerkten Handlungsutensilien auch wirklich das Eigenthumsrecht auf Klägerin übergegangen, wozu nach bekannten Grundsätzen der Kaufvertrag, selbst wenn die Bezahlung des Kaufpreises stattgefunden, allein noch nicht ausreichen würde, sondern die Uebergabe der erkauften Sachen oder ein dieser gleichstehender Act hinzugekommen sein müßte. Denn, um vindiciren zu können, muß Klägerin nachweisen, daß sie Eigenthümerin der betreffenden Gegenstände geworden, nicht blos ein persönliches Recht auf dieselben aus einem Vertrage erlangt habe In dieser Hinsicht erscheint es nun aber allerdings von Bedeutung, daß in dem von der Klägerin im Bew.-Art. bezogenen Kaufsvertrage der Gemeinschuldner als Verkäufer erklärt hat, wie er der Klägerin die erkauften Gegenstände

„mittelst constituti possessorii zum alleinigen juristischen Besitze übergebe, **indem er sie hinfort in ihrem, seiner Ehefrau, Namen besitzen wolle.**"

Denn mit dieser Erklärung ist allerdings diejenige traditio, welche man mit dem Namen constitutum possessorium zu bezeichnen pflegt, bewirkt worden, deren rechtliche Wirksamkeit zu Uebertragung des Eigenthums in Hinsicht auf die Möglichkeit den Besitz durch Repräsentanten zu erwerben, mit Grund nicht bezweifelt werden mag.

l. 18. pr. D. de adquir. poss. (41. 2.)

l. 77. D. de R. J. (6. 1.)

l. 28. l. 35. §. 5. Cod. de donat. (8. 52.)
v. Savigny, Besitz rc. §. 27.

Hiergegen kann auch nicht auf die Bestimmung in der Erl. Proc. Ordn. ad Tit. XLIV. §. 2. Bezug genommen werden, da dieselbe singulär ist und das constitutum possessorium eben so wie die traditio ficta als Mittel zu Erwerbung eines Realrechts blos in Bezug auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen ausschließt.

60.

Der Adjacent eines fließenden Gewässers darf der Fischereigerechtsame Dritter nachtheilige Immissionen nicht vornehmen.

II. Sen.-Erk. vom 9. März 1859. ad no. 667/753. von 1858.

Wenn es auch an sich richtig ist, daß nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden, abgesehen von polizeilichen Rücksichten, in der Regel Anlagen und Baulichkeiten jeder Art vorzunehmen befugt erscheint, so leidet dieß doch bei Anlagen der Adjacenten an fließenden Gewässern, welche in ihrem Laufe mehrere Grundstücke berühren, da an dem darin befindlichen Wasser die Besitzer der letzteren präsumtiv gleichmäßige Rechte haben, dann eine Beschränkung, wenn dieses Benutzungsrecht des Einzelnen durch Vorrichtungen des Andern ganz oder zum Theil gestört, und ihm damit ein wirklicher Nachtheil zugefügt wird.

L. 22. pr. D. de damno infect. (39. 2.)
L. un. pr. und §. 1. 2. 3. 5. D. ne quid in flum. public. fiat. (43. 13.)
Funke im Archive für civil. Praxis Bd. 12. S. 272. ff., 432. ff.

Das dem betreffenden Adjacenten in dieser Beziehung zustehende Verbietungsrecht geht aber nicht blos auf Vorrichtungen der Art, die eine ihn beeinträchtigende Veränderung des Wasserlaufs herbeiführen, sondern erscheint auch in dem Falle begründet, wenn die Verderbung eines solchen Gewässers durch Immission schädlicher Stoffe in dasselbe erfolgt, und muß gleich dem Adjacenten und aus eben dem Grunde demjenigen eingeräumt werden, der ein dingliches Recht an dem Wasserlaufe erworben hat, und durch ein solches Gebahren darin wirklichen Nachtheil erleidet.

61.

Vorhäupter sind präsumtiv Gemeindeeigenthum.

II. Sen.-Erk. v. 4. März 1859. ad no. 658/739. von 1858.

Vorhäupter sind, wenn auch den anliegenden Nahrungsbesitzern in der Regel ganz wesentliche Benutzungsrechte daran zustehen, doch präsumtiv Theile der Gemeinde- oder Dorfaue und deshalb im Zweifel Gemeindeeigenthum

vergl. das in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. II. S. 353. abgedruckte Präjudiz

und für dieses Eigenthum der Gemeinde spricht hier noch besonders der auch in der vorigen Instanz geltend gemachte Umstand, daß Kläger nicht zu behaupten vermocht hat, daß die Parcelle ein Folium im Grund- und Hypothekenbuche habe.

62.

Treibe- und Triftgerechtigkeit. — Breite des Wegs. — Beschränkung der Regel: quantum possessum, tantum praescriptum.

II. Sen.-Erk. v. 10. März 1859. ad no. 724/757. von 1858.

Zunächst ist in Bezug auf die Treibegerechtigkeit die eigentliche servitus actus — im Zweifel für jumenta und armenta — von der Servitut der Triftgerechtigkeit mit Heerden, namentlich Schafheerden, welche häufig mit dem jus pascendi verbunden, zu unterscheiden, und wie die Quellen dafür ein Anhalten nicht geben, daß für die eigentliche servitus actus eine größere Breite als die der via beansprucht werden könne, so wird in der Regel für die Triftgerechtigkeit ein bei Weitem größeres Maaß erforderlich sein.

Zu vergl. Glück, Erl. der Pand. Bd. X. S. 144 flg.

Berger, oecon. jur. II. III. VI. ed. Haubold, pag. 326.

Curtius, Handbuch rc. II. 990. not. h.

Anlangend nun die Breite der via, so giebt allerdings die l. 8. D. de S. P. R. (VIII. 3.) — vergl. auch Weichbild Art. 130. — nicht ein absolutes Maaß, welches nicht durch Vertrag oder sonst erweitert werden könnte. Allein im Zweifel wird dieses Maaß für die via und also auch implicite für den actus das einzuhaltende sein, insofern nicht ein besonderer Rechtsgrund der Erweiterung

nachgewiesen werden kann, und es muß nach l. 13. §. 1. 2. D. eod.

Igitur arbiter dandus, qui **utroque** casu viam determinare debet — quodsi nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est

jedenfalls soviel angenommen werden, daß in Zweifelsfällen richterliches Ermessen Platz zu greifen habe, dieses aber da, wo die sogenannte gesetzliche Breite der via vorhanden, weitere Prätensionen ohne speciellen Nachweis besonderer Umstände, die für ein Mehreres sprechen, zurückzuweisen hat. Insbesondere vermag auch die Bl. angezogene Parömie: quantum possessum, tantum praescriptum hierunter eine andere Auffassung nicht zu rechtfertigen, da sie nicht sowohl dazu bestimmt ist, über das gesetzliche Maaß gehende Prätensionen zu unterstützen, als vielmehr dazu, diese innerhalb der durch die Begriffsbestimmung an sich zulässigen Gränzen nach dem Maaße der Ausübung zu beschränken; wogegen da, wo die Ausübung nicht sowohl aus Bedürfniß als durch zufällige Umstände, namentlich bei Wegegerechtigkeiten über Lehden und dergl. eine erweiterte gewesen, der Verpflichtete die Zurückweisung des Berechtigten auf das richtige Maaß, wie solches bei Beachtung des Satzes: servitus civiliter est exercenda als angemessen erscheint, sogar unter Umständen unter Verlegung des Tractes

vergl. die von **Kori** in den Erörterungen III. S. 64. angezogenen Entscheidungen des vormaligen Appellationsgerichts —

verlangen kann, zu geschweigen, daß es eine dem Kläger keineswegs günstige factische Schwierigkeit bieten würde, hätte er die Benutzung mehrerer neben einander liegender Gleise oder Gleisbreiten für eine jede derselben unter dem Gesichtspuncte jener Parömie darzuthun. Ist also in dem concreten Falle eine nach den Bestimmungen der l. 8. cit. mehr als ausreichende Breite vorhanden und darf der Richter, soweit dies der Fall, sein auf diesen offenbar der Erfahrung des täglichen Lebens entlehnten Ausspruch basirtes Ermessen auch ohne Zuziehung besonderer Sachverständiger walten lassen, so erhellt, daß die Klage hinsichtlich der gegen das gewöhnliche Maaß erweiterten Prätensionen des Klägers unschlüssig ist, also die Behauptung verjährten Besitzstandes der Servitut in exorbitanter Breite nicht genügt, vielmehr die Anführung besonderer Umstände erfor-

derlich gewesen wäre, woraus zu entnehmen, daß Kläger hinsichtlich einer größeren Breite aus Bedürfniß nicht blos zu Verfolgung nicht zu billigender Prätensionen streitet.

63.

Unterschied der Rescissionsklage wegen laesio enormis und der inofficiosae donationis querela in Bezug auf Sicherheitsmaßregeln nach §. 147. und 148. des Hypoth.-Gesetzes.

III. Sen.-Verordn. v. 19. März 1859. ad no. 62.

Die Rescissionsklage der Erben des Verkäufers wegen enormer Verletzung — das sogenannte remedium ex l. 2. C. de rescindenda venditione (IV. 44.) — und die in dem Falle, wo solche ausgeschlossen, annoch nach Befinden anwendbare inofficiosae donationis querela sind an sich, namentlich aber auch bei einem Protestationsfalle scharf auseinander zu halten. Denn die erstere geht bekanntlich, wenn auch mit einer dem Käufer zu Abwendung dessen gestatteten Eventualität, auf Rescission des Geschäftes, also auf Zurückgabe der Sache selbst, beziehentlich mit den gezogenen Früchten,

Glück, Erl. der Pand. Bd. XVII. S. 105.

dagegen die letztere, wenn schon, wenigstens nach der richtigen Meinung, gegen die actio ad supplendam legitimam gehalten, mit gewissen Modificationen,

Glück, a. a. O. Bd. XXXVI. S. 128 flg.

immer nur ad supplendam legitimam.

Glück, a. a. O. S. 97.

Schweppe, röm. Privatrecht V. §. 970 flg.

Während also jene einen Personalanspruch auf ein bestimmtes Object involvirt, und somit

vergl. von Langenn in den Erörterungen II. S. 192 flg.

der Fall der Protestation zu Sicherung des Objectes nach §. 147. des Hypothekengesetzes zu beurtheilen ist, stellt sich diese als condictio dar, bei welcher der Beklagte, zumal wenn er aus einem zum Theil onerosen Geschäfte erwarb, in dem Falle des Unterliegens nur soviel, als ad supplendam legitimam erforderlich, also eine Summe

Geldes herauszuzahlen hat, so daß die Bestimmungen des §. 148. jenes Gesetzes zur Anwendung kommen.

In dem concreten Falle — vergl. Bl. — ist der Einrede der Verletzung über die Hälfte ausdrücklich entsagt. Nach der bereits im gemeinen Rechte

vergl. Glück a. a. O. Bd. XVII. S. 84.

recipirten, und auch von dem OAG. mehrfach

vergl. Wochenblatt merkw. Rechtsfäll. 1849. S. 287. 1854. S. 275 flg.

ausgesprochenen Ansicht wird hierdurch das Rechtsmittel wegen enormer Verletzung an sich ausgeschlossen, wogegen Momente, welche nichtsdestoweniger zu einer Rescission des Kaufes führen könnten, zur Zeit in keiner Weise bescheinigt sind.

Man hat daher von dem Gesichtspuncte der laesio enormis in dem vorliegenden Protestationsfalle gänzlich Abstand zu nehmen.

Angehend dagegen den Gesichtspunct der querela inofficiosae donationis, so könnte man, abweichend von der Bl. aufgestellten Ansicht, für den Zweck einer Sicherheitsmaaßregel einen nicht unerheblichen Mehrwerth des veräußerten Grundstücks durch das Zeugniß Bl. einiger Maaßen bescheinigt, auch solchen Falles in fernerer Berücksichtigung des Umstandes, daß die Bl. stipulirten zinslosen Termingelderzahlungen an zusammen nominell 1000 Thlr. bei Berechnung des Interusurii, wenn schon die Bl. versuchte Modalität derselben nicht als richtig gelten kann, doch immer

vergl. Löhmann, Handbuch für rc. Rechnungen, Tafeln der höheren und niedern Zinsrechnung S. 76.

eine bei weitem mindere Summe repräsentiren, sowohl in Beachtung der Erhebungen Bl., die Verletzung im Pflichttheile in Folge jenes Kaufes als für die Zwecke einer Protestation hinreichend beigebracht annehmen, ohne daß man in der Hauptsache zu einem anderen Resultate zu gelangen im Stande ist. Denn jedenfalls fehlt die nach den oben entwickelten Grundsätzen erforderliche Bescheinigung der Gefahr des Verlustes, zumal nach dem was Bl. über die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Impetraten ermittelt ist.

64.

Die Hypothekarier haben sich Behufs ihrer Befriedigung aus den Licitationsgeldern nicht bei dem Concurse zu melden, wenn die Subhastation vor dessen Ausbruch erfolgt ist.

III. Sen.-Verordn. v. 8. Jan. 1859. ad no. 302. von 1858.

Wenn die Versteigerung eines dem Gemeinschuldner zugehörig gewesenen Grundstücks vor der Eröffnung des formellen Concurses auf Antrag eines oder einzelner Pfandgläubiger erfolgt ist, so können, nach der Rechtsansicht des OAG. die bei dieser Subhastation erlangten Erstehungsgelder, auch wenn sie noch im gerichtlichen Deposito liegen oder bei dem Ersteher außenstehen, nicht als ein Bestandtheil der zu dem später ausgebrochenen Concurse gehörigen Masse betrachtet werden; die Pfandgläubiger des subhastirten Grundstücks sind demgemäß auch nicht verbunden, ihre hypothekarischen Forderungen zum Behufe der Befriedigung aus dem Pfanderlöse beim Concurse zu liquidiren, vielmehr sind die gewonnenen Licitationsgelder von der Grund- und Hypothekenbehörde nach §. 109. f. des Gesetzes vom 6. November 1843. zur Vertheilung unter jene Gläubiger zu bringen und der Concurs hat nur Anspruch auf die hierbei ausfallende hyperocha. In solchen Fällen kann es geschehen, daß, weil augenscheinlich ein Ueberschuß nicht zu erwarten und bewegliches Vermögen oder andere, noch im Eigenthum des Schuldners befindliche Immobilien nicht vorhanden sind, die Eröffnung oder Fortstellung des Concurses wegen Massemangel unterbleiben muß.

65.

Ueber die Anwendbarkeit des Satzes: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei.

II. Sen.-Erk. v. 1. März 1859. ad no. 701/738. von 1858.

Es bedarf für den vorliegenden Fall keines näheren Eingehens auf die Frage, ob und wieweit die in der Doctrin aufgestellte Unterscheidung zwischen universitatibus juris et facti in den Quellen Begründung finde?

cfr. Hasse im Archiv für civ. Praxis, Bd. V. nr. 1. pag. 1. fg.

Sintenis, das gemeine Civilrecht, 1. Bd. §. 41. nota 60. pag. 433. fg.

Nur soviel ist gegenwärtig hervorzuheben, daß der von mehreren Rechtslehrern in Betreff der hereditas allgemein aufgestellte Satz: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei

cfr. Curtius, Handbuch des Sächs. Civilrechts 2. Th. §. 421.

aus einer irrigen Auffassung der einschlagenden Stellen des römischen Rechts hervorgegangen ist.

Es wird der obige Satz aus dem unter Hadrian erlassenen sogenannten SCtum Juventianum

l. 20. §. 6. sq. i. 22. l. 25. Dig. de hered. petit. (5. 3.)

abgeleitet. Allein es ist bereits in dem im

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1847. S. 182. ff.

abgedruckten, dem Bescheide Bl. zu Grunde gelegten, Erkenntnisse des OAG. nachgewiesen, daß die Veranlassung zu dem von Hadrian bevorworteten Senatusconsult aus der Wahrnehmung:

daß Besitzer der Erbschaften im guten Glauben (qui se heredes esse existimant, l. 20. §. 6. cit.) die Erbschaftsgegenstände veräußert hatten, und nun, als sie auf Restitution der Erbschaft mit der Erbschaftsklage angegriffen worden, außer Stande waren, die Erbschaftsbestandtheile in natura anzuschaffen,

hervorgegangen ist, und daß hierunter in dem Libell Hadrians der billiger Weise zu befolgende Gesichtspunct unter die Worte:

Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum (cfr. l. 22. D. cit.).

gestellt worden ist, darauf aber nach dem Zeugnisse Ulpians

l. 25. §. 11. D. cit.

die Ansprache des Kaisers beim Senat soweit Eingang gefunden hatte, daß man den Besitzern in gutem Glauben insoweit Vorschub that,

ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt.

Die Anwendung des allgemeinen Satzes ist daher nur da gerecht-

fertiget, wo der bonae fidei possessor vor angestellter Erbschaftsklage Erbschaftsgegenstände veräußert hat, und hierunter der Umfang desjenigen, was er dem Erben zu restituiren hat und was sich auf die durch Anmaaßung der Erbschaft erlangte Bereicherung beschränkt, festzustellen ist.

Die obige Regel ist daher nicht einmal in Beziehung auf das Forderungsrecht des Erben wahr, nud noch viel weniger hat sie in der Allgemeinheit, mit der sie gewöhnlich hingestellt wird, Geltung, cfr. Mühlenbruch, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 17. S. 335. fg.
v. Vangerow, Leitfaden f. Pand.-Vorl. 1. Bd. §. 71. Anm. 1.
Sie wird daher Obigem entsprechend auch von
Thibaut, Pandectenrecht, 8. Ausgabe, §. 175.
auf den Satz modificirt:

daß der Besitzer einer universitas juris Alles aus den Mitteln der universitas oder sonst für die universitas Angeschaffte, dem, welchem sie zufällt, mit hinausgeben müsse.

Bei der Verabfolgung einer Erbschaft besteht hierüber natürlich zugleich die Voraussetzung, daß der Besitzer zur Herausgabe der Erbschaft als eines Ganzen verpflichtet sei.

66.

Der Testamentsexecutor ist lediglich Mandatar des Erblassers, beziehentlich der Erben.

III. Sen.-Verordn. v. 12. Febr. 1859. ad no. 29. von 1859.

Das Verhältniß eines Testamentsexecutors ist im Wesentlichen das eines Mandatars, welchen zunächst der Testator ernannt hat, damit derselbe dasjenige seinen letztwilligen Anordnungen gemäß besorge und vollziehe, was außerdem die Erben selbst oder durch ihrerseits erwählte Mandatare zu besorgen und zu vollziehen hätten. Das Mandat des Testamentsexecutors unterscheidet sich von andern Fällen der Beauftragung allerdings dadurch, daß es nicht mit dem Tode des Mandanten erlischt, sondern seinem Zwecke nach, erst mit dem Tode des letzteren in Wirksamkeit tritt; dies steht aber nicht im Widerspruche mit der obigen Annahme, wenn man nur berücksichtigt, daß der Testamentsexecutor zugleich als Mandatar der Erben

erscheint, welchen dieselben dem Willen des Testators gemäß anzuerkennen haben und durch die Anerkennung des Testaments und den Antritt des Nachlasses als solchen annehmen. Eine Gewalt oder Curatel über die im Testamente instituirten Erben oder sonst honorirten Personen steht dem Testamentsvollstrecker eben so wenig zu, als dessen Funktion einer cura hereditatis gleichkommt, bei welcher die von dem Curator hereditatis zu vertretende Verlassenschaft als ein, unabhängig von der Person des etwaigen Erben bestehendes, die Person des Erblassers repräsentirendes Rechtssubject gedacht werden muß.

67.

Die actio communi dividundo ist zwischen Miterben nach Befinden auch vor Theilung des gesammten Nachlasses zulässig.

II. Sen.-Erk. v. 12. März 1859. ad no. 546/686. von 1858.

Der von Beklagter hauptsächlich gemachte Einwand, daß das Verlangen eines Miterben auf Theilung eines einzelnen Nachlaßgegenstandes so lange schlechterdings ungerechtfertigt erscheine, als nicht eine Theilung des gesammten Nachlasses stattgefunden habe, hat auch nach der Ansicht gegenwärtiger Instanz, wenigstens in dieser Allgemeinheit, nicht für begründet erachtet werden können. Zwar sprechen mehrere Gesetzesstellen überhaupt davon, daß die actio communi dividundo unter Miterben zur Herbeiführung der Theilung gewisser einzelner Nachlaßsachen gebraucht werden müsse, ohne einen Unterschied in der Beziehung zu machen, ob sie vor erfolgter Erbschaftstheilung im Ganzen erhoben, oder blos dahin gerichtet werden könne, daß etwa vergessene Erbschaftsstücke nachher zur Theilung zu bringen seien. Zwar wird letzteres in dem Bl. allegirten §. 969. des Handbuchs von Curtius mit Beziehung auf die not. a. erwähnten Autoren behauptet, und es läßt sich auch nicht leugnen, daß nach Beschaffenheit der Sache gegen die Statthaftigkeit einer Klage der ersteren Art allerdings wohl Einwendungen denkbar sind, welche die Nothwendigkeit der vorgängigen Specification des betreffenden Nachlasses erforderlich erscheinen lassen; allein eine solche Klage in dem Falle, wenn dergleichen Exceptionen von Beklagtem nicht vorgebracht worden sind, von richterlicher Amtshalber zurückzuwei-

sen, dazu bieten diese Gesetzstellen keine ausreichende Veranlassung dar. Die l. 44. pr. D. famil. ercisc. enthält nur im Allgemeinen die Vorschrift in Betreff der Anwendbarkeit der actio communi dividundo unter Miterben behufs der Theilung bestimmter einzelner Nachlaßsachen, beschränkt sie aber nicht auf noch ungetheilt gebliebene Gegenstände nach bereits erfolgter Erbschaftstheilung, während l. 20. §. 4. eod. überhaupt disponirt, daß die actio famil. ercisc. nur einmal statthaft, wegen einzelner dabei ungetheilt verbliebener Nachlaßsachen dagegen die actio communi dividundo anzustellen sei; und schließt mithin auch deren Erhebung vor der Erbschaftstheilung im Ganzen nicht so unbedingt aus.

68.

Spatium deliberandi. — Ob sich solches durch Antritt des Nachlasses erledigt, kann nicht erst in der Executionsinstanz erörtert werden.

II. Sen.-Erk. v. 11. Febr. 1859. ad no. 69/10. v. 1859.

Die Bl. berührten gemeinrechtlichen Vorschriften über die Bewilligung eines von den Erben zu erbittenden Spatii deliberationis sind nicht maaßgebend für den gegenwärtigen Proceß, da nach sächs. Rechten

Erledigung des Landesgebrechen, v. J. 1661. Tit. Justizsachen §. 70.

Dec. 57. v. J. 1661.

Haubold, sächs. Privatrecht §. 349.

jeder Erbe, auch ohne besonders darum ansuchen zu müssen, ein gemeines Jahr Bedenkzeit zur Erklärung über den Antritt oder die Ausschlagung der ihm angefallenen Erbschaft hat, während dessen er von den Erbschaftsgläubigern mit neuen, gegen den Erblasser selbst noch nicht anhängig gemachten Klagen nicht in Anspruch genommen werden darf. Die Behauptung Bl., daß der Erbe nur zwischen dem Gesuch um Bewilligung einer Deliberationsfrist, Antritt (mit oder ohne Inventar) und Ausschlagung der Erbschaft die Wahl habe, ist also nicht ganz richtig. Es durfte aber auch die Frage, ob die Beklagte den ehemännlichen Nachlaß angetreten habe, oder noch antreten werde, nicht bis zur Execution ausgesetzt

werden. Denn die derselben gesetzlich zustehende Deliberationsfrist ist auch gegenwärtig noch nicht abgelaufen, es konnte mithin, so lange nicht ein innerhalb dieser Frist bereits erfolgter Erbantritt dargethan war, eine Klage und als Folge davon ein executisches Verfahren gegen die Beklagte überhaupt nicht eintreten. Nach dem bereits von der vorigen Instanz angezogenen §. 124. des Erbgesetzes vom 31. Januar 1829. gehört aber zur Begründung einer Klage des Erbschaftsgläubigers gegen den Erben als solchen, die Behauptung und der Nachweis, daß dieser den Nachlaß angetreten habe, und nach allgemein bekannten Proceßgesetzen sind die zur factischen Begründung eines Anspruches gehörigen Thatsachen nicht erst im executivischen Verfahren zu erörtern und zu entscheiden.

69.

Die Vorschrift der Vorm. Ordn. ad Tit. XXIV. §. 5. bezieht sich nicht auf Personen, denen nach §. 6. wegen Kränklichkeit ꝛc. auf ihr Ansuchen ein Vormund bestellt worden.

III Sen.-Verordn. v. 2. April 1859. ad no. 51 deſſ. J.

Nicht wegen Wahn- oder Blödsinnes oder überhaupt wegen einer den Vernunftgebrauch gänzlich aufhebenden Seelenkrankheit, sondern nur, wie es Bl. heißt, weil sie sich fortwährend kränklich und schwächlich befinde, ist der Wittwe J. am 19. August 1829. und zwar auf ihr Ansuchen ein Zustands-Vormund bestätigt worden. Nach dem Ableben dieses ersten Zustandsvormundes hat eine Exploration der J. ebenfalls nicht stattgefunden, sondern man hat ihr nunmehr nach Verlauf eines zum Mindesten längern als zweijährigen Zeitraums am 13. Jan. 1842. ihren Bruder als curator status beigegeben. Daß die nämlichen Rücksichten und keine anderen dieser Curatel gleich der ersteren zu Grunde gelegen haben, ist umsomehr anzunehmen, als der J., nachdem ihr Bruder gestorben war, auf ihr Ansuchen noch am 7. Juli 1853. ohne Exploration ein neuer Zustandsvormund in der Person des D. K. bestellt worden ist. Nun fällt aber die Errichtung der angefochtenen testamentarischen Verfügung der J. in den October 1852. Es kann daher mit Recht die Frage dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift

der Allg. Vorm. Ordnung Cap. XXIV. §. 5. hierbei befolgt worden sei oder nicht. Denn diese geht nur auf bevormundete Wahn- und Blödsinnige. Die J. war aber zu damaliger Zeit nicht wegen ihres geistigen Unvermögens, sondern wegen ihrer Schwächlichkeit und Kränklichkeit mit einem Curator versehen. Wollte man aber annehmen, daß demungeachtet ihr damaliger Seelenzustand ein solcher gewesen, der die Dispositionsfähigkeit ausgeschlossen habe, so würde sich eine solche Annahme mit dem Ausspruche des Bezirksarztes D. S. nicht vereinigen lassen, mit dem Ausspruche nämlich, daß sie zu der Zeit, als ihr der von ihr zu Protokoll gegebene letzte Wille an Gerichtsstelle vorgelesen wurde und sie die Erklärung abgab, daß dieß ihr letzter Wille sei, in einem dispositionsfähigen Zustande sich befunden habe. Es sind daher allerdings die Impetraten für ihre Behauptung, daß der J. zur Zeit der Errichtung ihres Testamentes die testamenti factio activa abgegangen sei, den Nachweis schuldig geblieben.

70.

Zu Beantwortung der Frage: ob Jemand zu einem Zeitpuncte insolvent gewesen? müssen auch nicht fällige Forderungen, insbesondere auch Illaten in Aufrechnung kommen.

II. Sen.-Erk. v. 24. März 1859. ad no. 694/789. v. 1858.

Handelt es sich um die Berechnung desjenigen, was Jemand im Vermögen hat, so ist nach bekannten Rechtsgrundsätzen nur das als activer Vermögensbestand (bona) zu betrachten, was nach Abzug aller Schulden übrig bleibt.

l. 39. §. 1. jct. l. 49. D. de verb. sign. (L. 16.)
l. 72. pr. D. de jure dot. (XXIII. 3.)
l. 11. D. de jure fisci. (XLIX. 14.)

Unzweifelhaft ist der Ehemann in Betreff des seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegenden eheweiblichen Vermögens, zu dessen Restitution er gesetzlich verpflichtet ist, Schuldner der Ehefrau. Seine deßfallsige Schuldverbindlichkeit ist daher ein bei der Berechnung seines Vermögensstandes in Anschlag zu bringendes Passivum

wenn schon es erst mit dem Zeitpunkte, zu welchem die Restitutionsverbindlichkeit wirklich eintritt, fällig und zahlbar wird. Am Wenigsten kann dies einem Zweifel dann unterliegen, wenn die Aufrechnung des ehemännlichen Vermögens zu dem Zwecke erfolgt, seine Zahlungsfähigkeit zu ermitteln. Denn der Anspruch der Ehefrau auf Rückgabe der dos während der Ehe ist keineswegs durch den Ausbruch formellen Concurses zu dem Vermögen des Ehemannes bedingt, sondern tritt überhaupt dann ein, wenn die Sicherheit der dos durch die Vermögenslage des Ehemannes gefährdet erscheint und eine Sicherheitsbestellung nicht zu erlangen ist. Die Gesetze erfordern hierunter nur eine inopia mariti, indem sie dem maritus opulentus den maritus minus s. parum idoneus oder qui male res gubernat entgegensetzen.

l. 24. pr. D. sol. matr. dos qu. pet. (XXIV. 3.)
l. 30. C. de jure dot. (V. 12.).
nov. 97. cap. VI.

Insbesondere ist in der zuerst angezogenen Gesetzstelle das Verhältniß dieser inopia als ein solches bezeichnet, cum evidentissime apparuit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere; und es liegt am Tage, daß um zu ermitteln, ob dies der Fall sei, eine die sämmtlichen Schulden mit Einschluß der Dotalansprüche berücksichtigende Vermögensberechnung anzustellen ist, weil nur danach beurtheilt werden kann, ob das vorhandene Activvermögen zu voller Befriedigung der gesammten Schulden ausreicht.

71.

Der zu Begründung der actio Pauliana erforderliche animus fraudandi ist folgbar, wenn der Schuldner seinen insolventen Zustand kennen mußte.

Dasselbe Erkenntniß.

Es ist zwar richtig, daß die actio Pauliana die Rescission der von dem Schuldner in fraudem creditorum unternommenen Veräußerungen bezweckt. Daraus folgt jedoch nicht, daß es in allen Fällen der genannten Klage eines besonderen Nachweises der auf Verkürzung der Gläubiger oder auf widerrechtliche Begünstigung eines derselben gerichteten Absicht bedarf. Mit Recht ist schon Bl. — bemerkt,

vergl. Curtius, Handbuch, II. Th. 1. Abth. §. 584.,
daß, wenn die Insolvenz zur Zeit der Zahlung oder Pfandbestellung erwiesen sei, diese Absicht des Schuldners nicht noch besonders bewiesen werden müsse, vielmehr aus den Verhältnissen dann von selbst sich zu Tage lege. Die bereits vorhandene oder durch die Veräußerung herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit ist voraussetzlich auch dem Gemeinschuldner bekannt gewesen; wenigstens ist die Unbekanntschaft mit eigenen, persönlichen oder Vermögensverhältnissen nicht zu vermuthen, noch, wäre sie wirklich vorhanden, anders, denn als eine dem dolus gleichstehende culpa lata, zu betrachten.

Arg. l. 3. pr. D. de juris et facti ignor. (XXII. 6.)
l. 6. 7. D. ad Sct. Vellejan. (XVI. 1.)
l. 5. §. 1. D. pro suo. (XLI. 10.)
l. 42. D. de reg. jur. (L. 17.)

In dem vorliegenden Falle kann R. darüber, daß er bereits am 3. März 1852 seine Gläubiger vollständig zu befriedigen außer Stande war, ohne grobe Verschuldung in der Verwaltung und Besorgung seiner Angelegenheiten nicht in Zweifel gewesen sein. Es erhellet auch, wie schon die vorige Instanz Bl. — hervorgehoben hat, aus der am 19. März 1852 eingereichten Insolvenzanzeige, daß die Ursachen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht plötzlich und in nicht vorher zu sehender Weise hervorgetreten sind, vielmehr auf Umständen beruhen, die seit Jahren einen nachtheiligen Einfluß auf seine Vermögensverhältnisse geäußert haben und sicher geeignet gewesen sind, auch einen weniger sorgsamen Hausvater zur Aufmerksamkeit auf den Stand seiner Vermögensbilance zu veranlassen. Dies um so gewisser, nachdem in Folge der Klaganstellung Seiten der Kläger und der Fortstellung des von H. bereits früher anhängig gemachten Prozesses derjenige Zustand eingetreten war, welchen man concursus imminens, d. h. als Andringen einer Mehrheit von Gläubigern, welche der Schuldner nicht zu befriedigen vermag, zu bezeichnen pflegt.

72.

Zu Begründung des remedium ob gratificationem bedarf es der conscientia fraudis Seiten des begünstigten Gläubigers nicht.

Dasselbe Erkenntniß.

Nach derjenigen Theorie, welche über die sogenannte Gratification eines materiell insolventen Schuldners in dem Sächsischen Gerichtsbrauche sich gebildet hat, ist die conscientia fraudis Seiten des begünstigten Gläubigers kein Erforderniß zu Begründung eines diesfallsigen Rescissionsanspruchs. Man nimmt an,

vergl. Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurs, S. 431. 437.,

daß derjenige Gläubiger, welcher von dem Schuldner Zahlung oder Pfandbestellung unter Umständen erlangt, welche darin eine Gratification erblicken lassen, um deswillen, weil er eine Begünstigung erhält, auf welche er keinen Anspruch hat, analog demjenigen zu beurtheilen sei, welcher von dem Insolventen titulo lucrativo erworben hat und deshalb der actio Pauliana ausgesetzt ist, auch wenn ihm fraus oder dolus debitoris gänzlich fremd geblieben ist.

l. 6. §. 11. D. qu. in fraud. cred. (XLII. 8.)

73.

Zu der Lehre von der Gratification. — Größere Vigilanz beweist im Zweifel der seinen Anspruch in dem Rechtswege verfolgende Gläubiger.

Dasselbe Erkenntniß.

Die Lehre von der Anfechtbarkeit gratificatorischer Acte eines materiell insolventen Schuldners, welche auf Grund einer vielfach bestrittenen Auslegung der Vorschriften des römischen Rechts in l. 24. D. qu. in fraud. cred. verbunden mit l. 6. §. 1. 2. D. de reb. auctor. jud. poss. mehr oder weniger klar entwickelt, schon in der Theorie des gemeinen Rechtes sich gebildet hat,

vergl. Stryk, de cautel. contr. sect. IV. cap. I. §. X. p. 666. sq. Struve, Syntagm. jur. civ. exerc. XLIV. Nr. LXXX. p. 298. sq.

Wernher, sel. obs. for. tom. I. obs. CXLVII. p. 641. sq.

Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurs S. 425. fg., ist nach dem Zeugnisse von Gottschalck, sel. disc. for. tom. I. cap. XXXVI. p. 391. sq., mit welchem im Wesentlichen auch Biener, opusc. tom. II. p. 117. sq. übereinstimmt, als sogenannt unbedingte Gratificationstheorie seit längerer Zeit in der Sächsischen Praxis die herrschende und hat, wie die von voriger Instanz bereits erwähnten Beispiele*) darthun, diese Herrschaft bis in die neueste Zeit behauptet. Nach ihr kommt es bei Entscheidung der Frage, ob die von dem insolventen Schuldner an einen Gläubiger unter Hintansetzung der übrigen bewirkte Zahlung oder Pfandbestellung als Act einer unerlaubten Begünstigung rescissibel sei, hauptsächlich darauf an, ob und inwieweit der also befriedigte oder sichergestellte Gläubiger seine bessere Stellung wirklich der bloßen Gunst des Schuldners oder seiner eigenen Vigilanz, der eigenen Thätigkeit in Geltendmachung seines Rechts und der dadurch herbeigeführten Nöthigung des Schuldners verdanke, und es kann demgemäß im Falle der Concurrenz mehrerer vigilanter Gläubiger bei Beachtung der verschiedenen Grade von Thätigkeit, welche zu dem Zwecke der Befriedigung entwickelt worden ist, auch der Erfolg des Anspruchs, die ganze oder theilweise Rescission des gratificatorischen Geschäfts, ein verschiedener sein, je nachdem der begünstigte Gläubiger minus oder aeque vigilans als der verkürzte Gläubiger sich bewiesen hat. Wenn daher solchenfalls der höhere oder niederere Grad der Vigilanz entscheiden muß, welche von dem begünstigten Gläubiger einer Seits und von den Mitgläubigern, vor denen er an sich keinen Vorzug hat und die neben ihm auf ihre Befriedigung bei dem Schuldner gedrungen haben, anderer Seits bethätigt worden ist, so lassen sich nun allerdings nach der Ansicht, welche das OAG. zeither befolgt (und namentlich in Sachen Gätzschmanns ./. den Gütervertreter in Hincks Creditwesen und Gen. im Monat März 1854 ausgesprochen) hat, allgemeine und unwandelbare Regeln

---

*) Vergl. Zeitschr. f. Rchtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 4 S. 468; Bd. 11. S. 374; Bd. 13. S. 455. — Wochenbl. f. merkw. Rf. 1844 S. 224; 1845 S. 296; 1850 S. 230 f.; 1852 S. 193 f.; 1854 S. 441 f.; 1855 S. 249 f.

über die Geltung der verschiedenen Grade von Wachsamkeit der Natur der Sache nach nicht festsetzen. Vielmehr bleibt dies quaestio facti, die nach den jedesmaligen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurtheilen ist. In dem vorliegenden Falle aber hat man der Ansicht der vorigen Instanzen, daß von Klägern entschieden größere Vigilanz als von dem Beklagten bethätigt worden ist, unbedenklich beitreten können.

Während Beklagter sich geständlich darauf beschränkt hat, wegen seiner Forderungen, die theilweise bereits in den Jahren 1840 und 1844 entstanden sind, den Schuldner R. in dem Jahre 1850 und besonders im Jahre 1851 und Anfang des Jahres 1852 zu mahnen, und, nachdem er Anfangs Februar 1852 angeblich die Zusage der Sicherstellung durch Hypothek erlangt, wiederholt auf deren — nachmals, am 3. März 1852, wirklich erfolgte — Erfüllung zu dringen, haben Kläger, noch abgesehen von der angeblich im Juli 1851 erfolgten und im October desselben Jahres wiederholten Mahnung, nach Ausweis der Beilagacten unter dem 22. August 1851 die Klagschrift gegen R. eingereicht und den Prozeß gegen denselben in der Maaße fortgestellt, daß unter dem 10. Februar 1852 Zahlungsauflage, deren Frist mit dem 28. ejusd. abgelaufen, an ihn erlassen, hierauf aber am 6. März dess. J. das liquidum auf dem Grundstücke des Schuldners eingetragen worden ist.

Die vorige Instanz hat die Frage, ob ein Gläubiger durch außergerichtliche Mahnung gleich große und wirksame Wachsamkeit wie der im Rechtswege klagende Gläubiger bethätigen könne, um deswillen dahingestellt gelassen, weil sie das betreffende Anführen des Beklagten zu dem darüber gebrauchten Eidesantrage für ungeeignet, mithin unerwiesen, befunden hat. Man kann jedoch von diesem Grunde absehen und ebenso unerörtert lassen, ob nicht eine solche Gestaltung der Umstände **denkbar** ist, welche jene Frage zu bejahen gestatte. In dem gegenwärtigen Falle ist jedoch dieselbe — darin stimmt man mit der ersten Instanz überein — entschieden zu verneinen.

Im Allgemeinen und der Regel nach ist anzunehmen, daß derjenige Gläubiger, welcher gleich Klägern in dem Wege der Klage und durch unausgesetzte Fortstellung des Prozesses seine Befriedigung

zu erlangen bemüht ist, eine größere Vigilanz in dem oben dargelegten Sinne bethätigt, als der, gleich dem Beklagten, mit außergerichtlichem Drängen des Schuldners sich begnügende Gläubiger. Denn während der Letztere in der Erreichung seines Zweckes mehr oder weniger von dem Belieben oder dem guten Willen des Schuldners abhängig bleibt, hat der Erstere den zu Erlangung seines Rechtes voraussetzlich geeignetsten Weg eingeschlagen, und alle ihm zu Gebote stehenden Mittel angewendet, um ganz unabhängig von der Willkühr, der Gunst oder Ungunst des Schuldners zu seinem Rechte zu gelangen. Hiergegen darf weder auf den günstigen Erfolg der außergerichtlichen Maßnahmen allein entscheidendes Gewicht gelegt werden — denn der rechtliche Character dieser Thatsache, die Frage, ob sie in erlaubter oder unerlaubter Weise vor sich gegangen, ist eben bestritten — noch sind dabei rein subjective oder individuelle Momente, wie die Denkbarkeit, daß nach der Persönlichkeit des Schuldners oder dem Stande seiner Verhältnisse ein glimpflicheres Auftreten die Aussicht auf schnellere Befriedigung eröffne als der langsamere Rechtsweg, in Anschlag zu bringen. Bei der Beurtheilung der Frage, ob die Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers ein Act der Gratification, der widerrechtlichen **Begünstigung** Seiten des Schuldners sei, kommt es also der Natur der Sache nach hauptsächlich auf den Nachweis an, daß jenem Effecte die Gunst oder das Belieben des Schuldners zu Grunde liege, und die Voraussetzung derartiger Begünstigung erscheint im Zweifelsfalle vorzugsweise immer demjenigen gegenüber ausgeschlossen, welcher im Rechtswege, mithin gegen den Willen des Schuldners, seine Befriedigung zu erlangen gesucht hat.

II. Civilproceß.

(Fortsetzung von Heft 1. S. 68.)

13.

Der debitor cessus muß die von dem ursprünglichen Gläubiger ausgestellte Cessionsurkunde recognosciren.

II. Sen.-Erk. v. 4. März 1859. ad no. 643/744. von 1858.

Daß auch solche Urkunden, welche von einer dritten Person ausgestellt und unterzeichnet worden sind, nach sächs. Proceßrechten,

A. Proc. Ordn. Tit. XXV. §. 2.
Erl. Proc. Ordn. ad tit. XXV. §. 2. 4.

der Recognition unterliegen, wenn sie nur ihrem Inhalte nach beweisfähig sind, hat Kläger Bl. — nicht weiter bestreiten zu wollen erklärt. Er wendet aber gegen die Beweisfähigkeit der Urkunde IX. ein, daß sie eine Reihe nur subjectiver Behauptungen des Ausstellers B. enthalte. Hiergegen ist jedoch dem Kläger bemerkbar zu machen, daß die Urkunde IX., insoweit sie das Bekenntniß enthält, daß der schon erwähnte B. wegen der nicht zur Perception an den Erstehungsgeldern gelangten Beträge seiner hypothekarischen Forderungen von L. befriedigt worden sei, und insoweit namentlich darin die Abtretung der Forderung B's. an die Intestaterben L's ausgesprochen worden ist, eine Vermögensdisposition des Ausstellers bekundet, welche der Kläger als debitor cessus um so mehr gegen sich gelten lassen muß, wenn man berücksichtigt, daß der Gläubiger in der Regel seine Forderung auch ohne Zustimmung des Schuldners an andere Personen abtreten darf. Die Verbindlichkeit des Producten, die von einer dritten Person ausgestellten Urkunden zu recognosciren und die Beweisfähigkeit dieser Urkunden gegen ihn tritt aber gerade in dem Falle ein, wenn die letzteren eine Disposition des Ausstellers enthalten, welche für das Verhältniß des

Producten von rechtlichem Einflusse ist und von demselben als auch für ihn maaßgebend anerkannt werden muß,

v. Langenn und Kori, Erörterungen Th. 1. Cap. XXIX. p. 241 fg.

14.

Der Editionseid Seiten des Archivars einer öffentlichen Behörde wird nicht durch deren Zeugniß über die Nichtexistenz der Urkunde erledigt.

II. Sen.-Erk. v. 1. März 1859. ad no. 845/736. von 1858.

Nach §. 3. ad Tit. XXVI. der Erl. Pr. Ordn. hat der tertius, bei welchem die Edition eines Documentes gesucht und dem solche vom Proceßrichter, welcher zuvor zu prüfen hat, ob genugsam Vermuthung dafür vorhanden, daß der tertius die Urkunde besitze, auferlegt worden, die betreffende Urkunde entweder zu ediren oder den Editionseid zu leisten, und es ist dabei kein Unterschied gemacht, ob der „tertius" eine Privatperson oder ein öffentlicher Beamter, bezüglich eine öffentliche Behörde sei.

(Zu vergl. auch Griebner's Discurs ad dict. loc. S. 272. not. 89.)

Wenn daher auch die Mittheilung des Hauptsteueramts G., Bl. — (daß die betreffenden Acten makulirt seien) als eine „amtliche" zu betrachten ist, so kann hierin doch kein Grund gefunden werden, diese Behörde oder denjenigen bei derselben angestellten Beamten, welchem die Verwahrung der Acten anvertraut ist, mit Leistung des Editionseides zu verschonen, insofern gedachte Mittheilung die Behauptung enthält, daß die als Urkunde sub K. bei dem Beweise Beklagtens inducirten Brandtweinsteuer-Heberegister aus den Jahren 1839, 1840 und 1841 bei besagtem Hauptsteueramte nicht mehr vorhanden, sondern vorlängst in Folge höherer Anordnung als Maculatur zur Veräußerung gekommen seien, und zwar um so weniger, als hiernach nicht einmal mit völliger Sicherheit die Möglichkeit als ausgeschlossen angesehen werden kann, daß die qu. Heberegister noch existiren und bei der oder den, zur Zeit nicht namhaft gemachten Personen, an welche sie veräußert worden sein sollen, sich noch auffinden lassen könnten.

15.

In dem Falle eventueller Cumulation des Eidesantrages mit Documenten, kann auch der Product die Leistung des Editionseides Seiten des tertius verlangen.

Dasselbe Erkenntniß.

Hieran (an dem Satze des vorigen Präjudizes) kann auch dadurch etwas nicht geändert werden, daß im vorliegenden Falle nicht der Producent, sondern der Product es ist, welcher dagegen, daß man es in voriger Instanz ohne Weiteres bei der Mittheilung des Hauptsteueramts G. bewenden lassen und nunmehr den eventuellen Eidesantrag bei den zunächst auf die Urkunde sub K. gestellten Beweisartikeln 157. und 170. als das in Wirksamkeit tretende Beweismittel angesehen hat, gravaminirt, da auch der Product ein wesentliches rechtliches Interesse daran hat, daß die zunächst und als das eigentliche Beweismittel inducirte Urkunde aufgefunden oder über deren Nichtexistenz zur rechtlichen Gewißheit gelangt werde. Denn eines Theiles ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die inducirte Urkunde, wenn sie erlangt wird, den betreffenden Beweissatz nicht oder nicht vollständig bestätige oder aus formellen Gründen nicht beweise, welchen Falles der Beweis insoweit ohne Weiteres hinfällig werden würde; andern Theiles hat der Product keine processualische Verpflichtung sich über den eventuell geschehenen Eidesantrag eher zu erklären, bevor nicht constatirt ist, daß das Document nicht edirt werden könne, was eben erst durch den Editionseid geschieht, oder, wenn er, wie vorliegend der Fall, sich im Voraus bereits erklärt hat, geschehen zu lassen, daß die Entscheidung durch den Eid herbeigeführt werde.

16.

Die Bezeichnung einer Besitzentsetzung als einer „eigenmächtigen" in einer Eidesklage, genügt nicht als schlüssige Bezugnahme auf ein spolium.

II. Sen.-Erk. v. 20. April 1859 ad no. 852/828 von 1858.

Man kann dem Kläger zugeben, daß zu der Begründung der actio spolii nicht schlechterdings eine gewaltsame Besitzentsetzung des

Klägers erforderlich ist, vielmehr auch eine ohne Anwendung von Gewalt begangene Handlung als spolium betrachtet werden kann, vorausgesetzt, daß sie schon an sich, ihrer Form oder äußeren Erscheinung nach, als widerrechtlich sich darstellt.

Das letztgedachte Erforderniß aber ist nach der von dem OAG. in neuerer Zeit stets befolgten Ansicht

vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 10. S. 66 flg. S. 343 flg.

unerläßlich, und es kann insbesondere eine an sich als unerlaubt erscheinende Handlung durch die mittelbare Beziehung allein, in welche sie zu dem Rechte eines Dritten gebracht wird, in der Regel nicht zu einem spolium werden.

In dem vorliegenden Falle ist nun aber zu Charakterisirung derjenigen Handlung des Beklagten, auf welche die erhobene Klage gestützt ist, nur angeführt, daß Beklagter den streitigen Strumpfstuhl eigenmächtig von Klägers Abmiether W. durch einen gewissen G. abholen und nach K. über die Sächsische Gränze unangemeldet hereinbringen lassen. Sieht man zunächst von dem Worte „eigenmächtig" ab, so ist mit dem Klaganführen eine Handlung bezeichnet, die in keiner Weise die Kennzeichen einer unerlaubten oder widerrechtlichen an sich trägt, am Wenigsten schon ihrer Form nach als eine solche angesehen werden mag. Denn abgesehen von der Vieldeutigkeit des Wortes „unangemeldet" kommt es selbstverständlich nicht darauf an, in welcher Maaße Beklagter mit dem Strumpfstuhle **nach** dessen Abholung von Klägers angeblichen Besitzrepräsentanten gebahrt hat, sondern darauf, ob die Entfernung aus dem Besitze des Letzteren mittelst eines spolium erfolgt ist. Erwägt man aber weiter, ob die Bezeichnung des letztgedachten Actes als eines „eigenmächtigen" für sich allein genüge, der Handlung des Beklagten den Stempel des spolium aufzuprägen, so kann die verneinende Beantwortung dieser Frage einem Zweifel nicht unterliegen. Der Begriff der Eigenmächtigkeit ist theils an sich, theils in der mehrfachen Beziehung, in welcher er in dem gegenwärtigen Falle zu den verschiedenen in Frage kommenden Personen, dem Kläger und seinem angeblichen Besitzrepräsentanten, gedacht werden kann, so unbestimmt und vieldeutig, daß dadurch die formelle Berechtigung Beklagtens

zu der von ihm unternommenen Handlung nicht ausgeschlossen erscheint.

17.

Das Wort „mindestens" bei Angabe von Summen läßt die betreffende Passage nicht als für den Eidesantrag ungeeignet erscheinen.

II. Sen.=Erk. v. 15. Febr. 1859. ad no. 538/632. von 1858.

Wenn Beklagte einwenden, daß auf das relatum über die daselbst bezeichneten Einlassungspunkte nicht habe erkannt werden können, weil die Angaben Klägers in denselben unklar und unbestimmt seien, und das Wort: „mindestens" ein Urtheil begreife, so ist ihnen lediglich das entgegenzuhalten, was bereits Bl. erwähnt worden, daß erstere für den gebrauchten Eidesantrag nicht ungeeignet erscheinen, und in dem gedachten Ausdrucke nur dies gefunden werden kann, daß die fraglichen Beträge eigentlich noch höher gewesen, Kläger aber wenigstens soviel, als er gefordert, zu beanspruchen berechtigt sei, hierin aber keinesweges ein die Eidesdelation ausschließendes bloßes Urtheil zu erblicken ist.

18.

Der Prodigus hat über Thatsachen, wo es de veritate geschehen kann, und insofern es dessen curator verlangt, selbst zu schwören.

II. Sen.=Erk. v. 7. Febr. 1859. ad. no. 547/631. von 1858.

Allein auch materiell ist die Aenderung der zweiten Instanz (AG. Dresden), daß sie auf des Klägers Verlangen dessen Curanden selbst die Ableistung des bezüglichen Relati bei dem 10.—12. Einlass.=Puncte auferlegt haben, lediglich zu billigen. Denn da aus dem Verhalten eines Mannes, welches dessen Stellung unter Cura wegen Prodigalität für angemessen erscheinen läßt, ohne den Hinzutritt besonderer Umstände noch keineswegs folgt, daß er der Heiligkeit eines Eides uneingedenk sein werde, wie denn bekanntlich der Prodigus nur in Ausnahmefällen ein unzulässiger, im Allgemeinen aber ein zulässiger Zeuge ist,

Hommel, Catal. test. s. v. prodigus.

so kann es in keinem Falle dem Beklagten zur Beschwerde gereichen, daß die Eidesleistung Seiten des prodigus, welcher de veritate schwören muß, nicht aber Seiten des curator, der nur de credulitate zu schwören im Stande sein würde, erfolgen soll. Eine ganz andere Frage würde es sein, ob der curator prodigi der Zuerkennung des Eides an seinen Curanden widersprechen könnte, um den Folgen der Nichtleistung zu begegnen. Allein hierauf ist gar nicht zuzukommen, weil der Curator selbst die diesfallsige Abänderung des Bescheides implorirt hat.

Die Bezugnahme Bl. auf die Disposition der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XVIII. §. 4. ist übrigens schon deshalb eine unerhebliche, weil die Klage nicht Seiten des jetzigen Klägers, sondern Seiten dessen Curanden selbst erhoben ist.

19.

Mangel der Erinnerung des Zeugen an den Wortlaut einer Rede schließt dessen Glaubwürdigkeit in Bezug auf den von ihm bezeugten Inhalt nicht aus.

III. Sen.-Erk. v. 19. März 1859. ad no. 55/67. v. 1858.

Für den Richter genügt es vollkommen, wenn der Zeuge versichert, Kläger habe eine Aeußerung gethan, die den angeführten Sinn gehabt, wenn er sogar bestimmt glaubt, daß Kläger auch dabei die im Artikel angeführten Worte gebraucht habe und sich nur der gedachten Worte nicht mehr ganz genau entsinnt, um den Inhalt des Beweisartikels für bestätigt halten zu können.

20.

Der frühere Mandatar ist für den Mandanten nicht schlechthin unzulässiger Zeuge.

III. Sen.-Erk. v. 28. Febr. 1859. ad no. 7/3 dess. J.

Nach der von dem OAG. in der neueren Zeit constant befolgten Ansicht, ist der Mandatar nach Aufhebung des Mandatsverhältnisses in Bezug auf Geschäfte, welche er für den Mandanten besorgt hat, kein schlechthin unzulässiger Zeuge, insofern er nicht ein eigenes und unmittelbares Interesse bei seiner Aussage hat, vermöge dessen man ihn als Zeugen in eigener Sache betrachten müsse. Ein nur

mittelbares Interesse, eine entferntere Beziehung des vormaligen Mandatar zu dem Gegenstande des Prozesses und den Verhältnissen, worüber Auskunft von ihm ertheilt werden soll, kann höchstens seine Glaubwürdigkeit beeinträchtigen, vermag aber nicht dieselbe gänzlich aufzuheben. Aber auch in diesem Falle hat man noch zu erwägen, daß, wenn überhaupt die persönliche Glaubwürdigkeit eines sonst unbescholtenen Zeugen durch die Möglichkeit eines pecuniären Interesses geschmälert werden soll, dieses Interesse wenigstens ein sehr nahe liegendes und erhebliches sein müsse, wenn dadurch die Befürchtung begründet werden sollte, daß sich der Zeuge durch selbstsüchtige Rücksichten zu einer wahrheitswidrigen Aussage verleiten lassen und sich den Folgen einer wissentlichen Verletzung des geleisteten Zeugeneides aussetzen werde.

21.

Die processualische Benutzung einer Person als „Sachverständiger," setzt deren Qualification dazu voraus, welche im Zweifel von den Producenten beizubringen ist.

II. Sen.=Erk. v. 18. Jan. 1859. ad no. 548/650. von 1858.

Die Bl. — benannte Christiane D., welche über die daselbst ausgehobenen Artikel als Zeugin denominirt worden, ist zugleich als Sachverständige über Art. — angegeben, und dieser letztere Artikel dahin gerichtet, daß die in Art. — gedachten Ausgaben alle durch die in Artt. beschriebene Krankheit Klägers nöthig gemacht und angemessen gewesen. Die als Sachverständige denominirte Person soll mithin mit Rücksicht auf die in den frühern Artikeln enthaltenen Thatsachen ihr Urtheil über die Nothwendigkeit und Angemessenheit der fraglichen Ausgaben eröffnen. In dieser Beziehung läßt sich nun auf keine Weise ersehen, in welcher Eigenschaft die D. ein solches Urtheil erstatten soll; die Beweisschrift giebt darüber keine Auskunft, und durch ihre Abhörung über die von ihr als Zeugin wahrgenommenen Thatsachen ist sie, auch in der Bl. — erfolgten Beschränkung noch nicht als Sachverständige geeignet. Das vorige Erkenntniß war daher auch insoweit zu bestätigen, wodurch jedoch nicht über die Frage mit entschieden ist, ob und in wie weit es

dem Kläger unbenommen sein wird, nach Befinden künftig noch die Befragung eines anderen Sachverständigen zu beantragen.

22.

Die Proceßpartheі, welche einen ungeeigneten Sachverständigen stellt, geht der Mitwirkung zu Erlangung der Expertise verlustig.

II. Sen.-Erk. v. 10. Febr. 1859. ad no. 588/670. der Reg. von 1858.

Der Bl. — bezeichnete G. ist von Seiten des Beklagten als Sachverständiger ernannt gewesen. Daß er aber gar nicht als solcher in Betracht kommen könne, ergiebt sich eben aus seiner Erklärung zum 16. Beweisartikel, welche nach Bl. — wörtlich lautet:

„hierüber kann ich keine Auskunft geben,"

wie er sich denn auch in gleicher oder ähnlicher Weise noch zu den Beweisartikeln 17. und 18. und zu den Gegenbeweisartikeln 21. und 22., worüber er ebenfalls als Sachverständiger befragt worden, ausgesprochen hat. Denn eine Person, welche zu dem Zwecke, um über ein, gewisse Fachkenntnisse voraussetzendes Verhältniß ein Gutachten abzugeben, zugezogen, bei ihrer desfallsigen Befragung geradehin erklärt, keine Auskunft geben zu können, oder keine Wissenschaft von dem betreffenden Verhältnisse zu haben, hat auf den Character eines Sachverständigen für den concreten Fall offenbar keinen Anspruch, weil, wenn sie ein solcher wäre, eben ein Gutachten von ihr müßte ertheilt werden können. Die Folge hiervon kann nun aber, wenigstens wenn der Gegner dessen, welcher sich des Beweismittels der Sachverständigen bedient hat, eine solche Person als Sachverständigen erwählt und gestellt hat, offenbar nicht die sein, daß der Beweis dadurch hinfällig werde, indem sonst der Gegner des Beweisführers es in seiner Hand haben würde, durch die Wahl eines mit den erforderlichen Fachkenntnissen nicht ausgerüsteten Subjects den Beweis scheitern zu machen, besonders in Fällen, wo, wie vorliegend geschehen, der Richter nicht seinerseits zur Wahl eines Sachverständigen sich veranlaßt gefunden hat, sondern es bleibt solchenfalls, wenn nicht etwa die betreffende Parthei, nachdem ihr die Ungeeignetheit des von ihr erwählten Subjects zu Ertheilung eines sachverständigen Gutachtens bekannt worden, die

anderweite Benennung eines Sachverständigen noch bewirkt, nur übrig, daß man sich an das Gutachten der sonst noch befragten Experten hält.

23.

Bei Ermittelung eines Werths durch Sachverständige ist die Mittelzahl zu ziehen.

II. Sen.-Erk. v. 1. April 1859 ad no. 79/36 deff. J.

Der Satz, daß bei Abweichungen des Ausspruchs der beim Beweise adhibirten Sachverständigen das Urtheil der Mehrheit entscheide, leidet keine Anwendung auf Taxationen. Bei diesen gilt vielmehr der Grundsatz, daß aus den verschiedenen Schätzungen die Mittelzahl gezogen werde.*)

vergl. Pfotenhauer doctrina processus §. 459.

24.

Appellabilität in possessorio summario.

II. Sen.-Erk. v. 18. März 1859 ad no. 639/781 von 1858.

Nach §. 19. des Gesetzes vom 28. Jan. 1835. B. in Verbindung mit §. 9. des Erläuter. Gesetzes vom 13. Januar 1838. ist die nochmalige Einwendung eines Rechtsmittels in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz nur dann unzulässig, wenn in beiden Erkenntnissen über den jüngsten Besitz selbst entschieden, sei es nun, daß derselbe dem Kläger aberkannt, oder daß er ihm zugesprochen worden ist. Nach der bei dem OAG. bestehenden Rechtsansicht ist die beschränkende Bestimmung in §. 19. des Gesetzes von 1835. B. nicht anwendbar, wenn die Besitzklage in der einen Instanz angebrachter Maaßen abgewiesen, somit also in diesem Erkenntnisse darüber, ob sich der Kläger im jüngsten Besitz befinde oder nicht, gar nicht entschieden, aber auch die gänzliche Unstatthaftigkeit einer dießfallsigen Besitzklage nicht ausgesprochen worden ist.**)

vgl. Zeitschrift f. Rechtspfl. und Verwalt. N. F. Bd. 8. S. 18.

---

*) Ueber die Art und Weise, wie dieß zu bewirken vergl. v. Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. XLV. §. 13. — Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen. Stuttg. 1841. §. 74. S. 100.

**) Dasselbe wurde ausgesprochen in dem II. Sen.-Erk. v. 23. März 1859 ad no. 754/787. von 1858.

25.

Die wegen Geringfügigkeit des Objects unzulässige Appellation einer Parthei, wird nicht dadurch zulässig, daß die andere ein zulässiges Rechtsmittel einwendet.

II. Sen.-Erk. v. 3. März 1859. ad no. 702/740. von 1858.

In der Hauptsache war zunächst die Appellation der Klägerin für unzulässig zu erachten, da sie nur einen geringfügigen Gegenstand betrifft, und nach der vom OAG. befolgten Ansicht die Bestimmung in §. 8. des Gesetzes vom 13. Januar 1838.:

> daß auch in wichtigen Rechtssachen gegen das abändernde Erkenntniß zweiter Instanz wegen eines an sich geringfügigen Gegenstandes bei übrigens allenthalben eingetretener Rechtskraft kein Rechtsmittel zulässig sein soll,

nur auf den Appellanten zu beziehen und also davon auszugehen ist, es werde durch die zulässige Appellation der einen Partei nicht auch die andere berechtigt, blos wegen eines geringfügigen Gegenstandes zur dritten Instanz zu appelliren.

vergl. Ztschrft. für Rchtspfl. u. Verwaltg. N. F. VIII. Band pag. 16.

26.

Wenn das Prozeßgericht eine Appellation als unzulässig zurückweist und Appellant gegen diese Resolution Berufung einwendet, so hat jenes auf letztere nicht Bericht zu erstatten, sondern den Appellanten zu Beschwerdeführung bei dem OAG. zu verweisen.

II. Sen.-Verordn. v. 28. Septbr. 1859. ad no. 291/393. von 1858.

Das Gerichtsamt zu C. hat in der bei ihm anhängigen Rechtssache P c/a O. die von letzterem Bl. — wider Abschlagung seines Gesuches um Berichterstattung auf das von ihm wider das Erkenntniß zweiter Instanz interponirte Rechtsmittel eingewendete Berufung dem AG. zu Z. mittelst Berichts vom 19. April dies. Jahres angezeigt, von welchem Letzteren sie mittelst Signatur vom 4. Mai dies. Jahr. zur Entschließung an das OAG. abgegeben worden ist.

Wie nun zuvörderst das hierbei vom Proceßgericht und dem Appellanten beobachtete Verfahren der Bestimmung in §. 1. der Verordnung vom 11. Januar 1844.

(cfr. Ges. Samml. de an. 1844. pag. 1.),

wonach der Appellant auf die abfälligen Resolutionen des Gerichts, wenn er solche für ungerechtfertigt erachtet, bei dem OAG. Beschwerde zu führen und das Proceßgericht ihn, nachdem er die gerichtliche Resolution wiederum zum Gegenstand einer Appellation gemacht, auf diesen Weg zu weisen gehabt hätte, zuwiderläuft, so rc.

.27

Accessorische Adhäsion. Wenn Kläger gegen die theilweise Abweisung der Klage appellirt, Beklagter aber post decendium dieser Appellation nach der Richtung adhärirt, daß die Klage auch hinsichtlich des in dem vorigen Urthel aufrecht erhaltenen Theiles abgewiesen werden solle, so ist diese Adhäsion unstatthaft.

II. Sen.-Erk. v. 11. Jan. 1859. ad no. 328/635. von 1858.

Zwar hatte Wiederbeklagter dem vom Wiederkläger in dessen Berufungsschrift gegen das Erkenntniß erster Instanz aufgestellten 1. Gravamen adhärirt. Allein diese Adhäsion war nicht zu beachten. Denn Wiederklägers Beschwerde ging ihrer Tendenz nach dagegen, daß die Klage nur theilweise, nicht in Ansehung des ganzen Klagobjects für begründet erachtet worden sei, während Wiederbeklagter mit der Adhäsion zu dem Zwecke hervortrat, eine Abweisung der ganzen Klage zu erzielen. Hatte aber Wiederbeklagter dagegen nicht appellirt, daß die Klage zum Theil aufrecht erhalten worden war, so konnte auch in dieser Hinsicht der Wiederbeklagte nach Ablauf des decendii dem Rechtsmittel des Wiederklägers mit rechtlicher Wirkung nicht adhäriren, sondern er mußte innerhalb der zehntägigen Frist selbstständig Berufung einwenden.

28.

Durch ein Restitutionsgesuch kann nicht eine an sich ausgeschlossene Instanz geschaffen werden.

II. Sen.-Verordn. v. 4. Febr. 1859. ad no. 32/8. dess. J.

Das OAG. hat Beklagtens Appellation, mit Hinsicht auf die

Vorschrift in §. 18. des Gesetzes vom 28. Januar 1835. unter B. für unzulässig erachtet, in Betracht, daß das Streitobject nur Einhundert Thaler nebst Verzugszinsen von Zeit erhobener Klage betrifft, mithin, da die für Berechnung der letzteren entscheidende Insinuation der Ladung am 21. Mai 1859. erfolgt ist, weit unter 200 Thaler zurückbleibt, nun aber der condemnatorische Bescheid in zweiter Instanz pure bestätigt worden ist, und der Umstand, daß Beklagter bei Einwendung der Appellation wider den erstinstanzlichen Bescheid gegen das ihm in demselben zur Last gelegte Versäumniß an der Einlassung auf die Klage — übrigens ohne nachträgliche Beifügung derselben — um Ertheilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten hatte, dieses Gesuch aber in der vorigen Instanz unbeachtet geblieben und in den Entscheidungsgründen für ungerechtfertigt erachtet worden, den Beklagten auch zu einer lediglich auf diesen Punct beschränkten Anrufung der dritten Instanz um so weniger zu berechtigen vermag, als eines Theiles das gedachte Restitutionsgesuch, wenn schon es in der Appellationsschedul enthalten, doch zunächst als an die erste Instanz, bei welcher diese Schrift eingereicht worden, gerichtet, und, wie Kläger mit Recht einhält, als von dieser durch die Resolution Bl. — für stillschweigend verworfen betrachtet werden muß, mithin nicht gesagt werden kann, daß über den fraglichen Incidentpunct nur die Cognition einer Instanz eingetreten und von der zweiten Instanz zuerst und allein abfällig darüber entschieden worden sei, andern Theils aber auch überhaupt nicht durch Restitutionsgesuche, selbst wenn sie unmittelbar bei den höheren Instanzen angebracht werden, in den geordneten Instanzenzug eingegriffen und eine weitere, an sich nach der Beschaffenheit des Streitobjects oder sonst gesetzlich ausgeschlossene Instanz geschaffen werden kann.

29.

Das Recht der Ehefrau auf restitutio in integrum wegen processualischer Versäumnisse in Bezug auf Illatenforderungen ist ein generelles.

II. Sen.-Erk. v. 4. Jan. 1859. ad no. 612/625. von 1858.

Die Bl. erbetene Restitution gegen das Versäumniß an recht-

zeitiger Ueberreichung ihres Einlassungs- und Exceptionssatzes mochte der Klägerin nicht versagt werden.

Nach der von dem OAG. befolgten Rechtsansicht

vergl. Zeitschr. f. Rchtspfl. u. Verw. Bd. XVII. S. 422.

ist die Vorschrift der decisio 4. v. J. 1661 über die den Ehefrauen in Bezug auf ihre Illatenforderungen zu ertheilende Restitution im Processe nicht blos auf das Versäumniß der Ehefrau an dem Beweise ihres Einbringens, sondern auch anderer Proceßfatalien anzuwenden.

30.

Wenn nach bestehenden Gesetzen und proceßrechtlichen Grundsätzen einer Parthei für ihre Person die Rechtswohlthat der restitutio in integrum zusteht, so kann ihr dieselbe selbst ohne ausdrücklichen Antrag vom Richter ertheilt werden.

Dasselbe Erkenntniß.

31.

Die Richtung der Klagbitte auf Ersatz erweislicher Schäden macht die Sache nicht in Bezug auf die Frage wegen restitutio in integrum zur res incertae aestimationis.

II. Sen.-Erk. vom 29. April 1859. ad no. 827/791. v. 1858.

Ist das Versäumniß an einer Nothfrist von dem Sachwalter einer streitenden Partei verhangen worden, so hat letztere auf die Rechtswohlthat, in integrum restituirt zu werden, in der Regel bekanntlich nur dann Anspruch, wenn sie ihren Anwalt wegen des dadurch erlittenen Schadens vergeblich ausgeklagt hat, und blos wenn der Gegenstand des Streites, in welchem die Partei durch das Versehen ihres Stellvertreters verletzt worden, einer Schätzung nicht fähig ist, wird ihr nach der bestehenden Praxis auch ohne vorgängige Ausklagung des letzteren die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Weiteres ertheilt.

Kind, Quaest. for. tom. III. cap. 100. pag. 433. ed. 2.

Eine solche Unschätzbarkeit des Streitobjectes liegt aber in dem gegenwärtigen Prozesse keineswegs vor. Denn es steht hier ein

12*

Kauf über das in der Klage näher beschriebene Grundstück in Frage, hinsichtlich dessen jedenfalls soviel gewiß ist, daß sich sein Werth ohne Weiteres ausmitteln läßt, und wenn Beklagter sachfällig wird, der ihm durch jenen Kauf zugefügte Schaden nach Geld zu veranschlagen und zu berechnen ist, wie denn auch in dieser Beziehung dadurch etwas nicht geändert wird, daß das petitum nebenbei auf die durch Beklagtens bisherige Weigerung verursachten Schäden mit gerichtet worden, da erst zu erweisende Schäden nach Befinden wohl bei Berechnung der appellabeln Summe vorläufig als ein der Schätzung nicht unterliegender Gegenstand angesehen werden, nicht aber bei der nach andern Grundsätzen zu beurtheilenden Frage über die wegen gedachten Versäumnisses zu gewährende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzunehmen ist, daß dergleichen Schäden, weil sie erst noch ausgeführt und quantificirt werden müssen, dazu einen geeigneten Grund darbieten könnten. Den von Beklagtem aufgestellten entgegengesetzten Behauptungen, daß der Streitgegenstand als eine res incertae aestimationis zu betrachten sei, ist daher nicht beizupflichten.

32.

Der curator prodigi hat gleich anderen Curatoren das beneficium restitutionis in integrum.

II. Sen.-Erk. vom 7. Jan. 1859. ad no. 547/631. von 1858.

Die Bl. — angezogenen Gesetzstellen*) enthalten dafür etwas nicht, daß dem curator eines prodigus nicht ebenmäßig wie anderen Curatoren das beneficium restitutionis ohne Weiteres zu Statten komme. Vielmehr müssen die Worte der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. IX. §. 4. „curatoribus absentium et furiosorum und dergleichen Personen „im Zweifel auf curatores prodigorum ebenso gut als auf andere von Griebner am angeführten Orte (Excurs zur Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. IX. §. 4.) beispielsweise gedachte bezogen werden, weil bei ihnen par ratio, nämlich die, daß sie die Gerechtsame eines Rechtssubjects, welches solche in dem Processe nicht selbst vertreten kann oder darf, zu wahren haben, obwaltet.

---

*) Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. IX. §. 4. — §. IX. des Ges. vom 26. Oct. 1834. (G. S. S. 245.)

Auf die Bl. — versuchte Deduction, daß bei dem curator prodigi deshalb eine Ausnahme zu machen sei, weil der prodigus seine Lage selbst verschuldet habe, kann schon deshalb ein Gewicht nicht gelegt werden, weil auch bei Abwesenden und sogar Geisteskranken dieselbe Argumentation nicht selten anwendbar sein müßte, jedoch hier zweifelsohne nicht anwendbar ist. Die Entscheidung IX. vom 26. Oct. 1834. ist völlig irrelevant, weil eben nur die Frage, ob den darin benannten Curatoren und Anwälten die restitutio in integrum ohne Weiteres zukomme, nicht aber die, wie es wegen des curator prodigi zu halten, zweifelhaft war.

33.

Daß ein Urthel auf falschen Urkunden oder Gezeugnissen beruhe, kann nicht post decendium mittelst Appellation, sondern nur mit einer actio restitutoria oder rescissoria ausgeführt werden.

II. Sen.-Verordn. v. 28. Jan. 1859. ad no. 574/677. von 1858.

Beklagter hat gegen die zu Gunsten Klägers reformatorische Disposition der secunda nicht remedirt und die letztere hat daher in soweit nicht weniger als in den auf die Hauptsache bezüglichen sonstigen Puncten die Rechtskraft beschritten, so daß eine anderweite Entscheidung hierüber erst auf Grund materieller Nichtigkeit des Erkenntnisses gedenkbar ist.

Auf die Absicht, eine materielle Nichtigkeit der betreffenden Disposition des Urthels Bl. — als einer auf falschen Urkunden beruhenden, darzuthun, scheint nun zwar das Vorbringen des Beklagten hinzuweisen. Allein hierauf kann aus formellem Grunde gegenwärtig nicht eingegangen werden.

Die Behauptung, daß ein Erkenntniß auf falschen Urkunden oder Gezeugnissen beruhe, muß, soweit dies überhaupt statthaft ist, mittelst beim competenten Unterrichter anzubringender besonderer Klagen (actiones restitutoriae vel rescissoriae) an- und ausgeführt werden.

(Bekanntmachung des OAG., einige Rechtssätze in Beziehung auf Nullitätsklagen betr. vom 4. März 1848. sub 2. Ges.-Samml. d. J. 1848. S. 31.)

Der Weg der Appellation gegen das zu rescindirende Erkenntniß ist

hierzu schon deshalb unzulässig, weil die Rescission eines rechtskräftigen Erkenntnisses der Natur der Sache nach nicht ohne Gehör der Gegenparthei, welcher dadurch Rechte entzogen werden sollen, erfolgen darf, die Appellationsinstanz aber terminos habiles für das hierunter erforderliche Verfahren der Partheien nicht darbietet.

34.

Die Verabredung zwischen einer Proceßpartei und deren Singularsuccessor, daß dieser den Proceß fortstellen solle, ersetzt nicht die förmliche litis reassumtio.

II. Sen.-Erk. v. 24. Febr. 1859. ad no. 826/728. von 1858.

Nachdem Kläger, wie sich aus dem von der Beklagten zu den Acten gebrachten Kaufe ergiebt, das Rittergut B. und sein vermeintliches Recht auf die streitige Waldparcelle veräußert hat, hat auch seine Legitimation zur Sache in dem vorliegenden Processe von selbst aufgehört, und vor jeder weiteren Fortstellung des letzteren ist daher allerdings die Erklärung des Käufers über dessen Reassumtion erforderlich. Diese liegt aber in den lediglich unter den Kaufsinteressenten getroffenen Bestimmungen noch keineswegs vor, sondern muß der Natur der Sache nach in gegenwärtigem Rechtsstreite selbst abgegeben werden; und so lange der Singularsuccessor hierzu nicht unter dem in der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 17. §. 2. vorgeschriebenen Präjudice vorgeladen worden, kann auch von einem von demselben hierunter begangenen Versäumnisse nicht die Rede sein.

35.

Der Gütervertreter, welcher einen von dem Gemeinschuldner vor dem Ausbruche des Concurses zu seinem Vermögen als Kläger begonnenen Proceß gegen einen Dritten reassumirt und unterliegt, ist wie jeder litem reassumirende Singularsuccessor verbunden, dafern zu des Beklagten Gunsten auf Kostenerstattung erkannt wird, diesem die Kosten, auch soweit sie vor der Litisreassumtion erwachsen, zu erstatten.

II. Sen.-Erk. v. 26. Jan. 1859. ad no. 585/664. von 1858.

Confirmatorische Entscheidung aus den Gründen der Secunda (AG. Dresden), welche die Frage in obbemerkter Maße unter Be-

zugnahme auf Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XVI. §. 2. — *Kind*, Quaest. for. T. III. cap. 92. — *Biener*, Syst. proc. §. 326. not. 4. (reformatorisch gegen die Prima), beantwortet.

36.

Requisite der Hilfsvollstreckung in bewegliche Gegenstände, insbesondere wenn solche der ferneren Benutzung des Schuldners überlassen bleiben sollen.

II. Sen.-Erk. v. 14. Jan. 1859. ad no. 641/642. von 1858.

Nach der von dem OAG. in ähnlichen Fällen befolgten Rechtsansicht,

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1851. S. 109 fg.
Zeitschrift f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 17. S. 287 und 375.

ist es bei der Vollstreckung der Hilfe in das Mobiliar des Schuldners zur Bestellung eines Pfandrechtes an den zur Befriedigung des Klägers ausgehobenen Gegenständen nicht unbedingt erforderlich, daß dieselben aus dem Gewahrsame des Schuldners hinweggeschafft werden. Die Vorschrift der Erl. Proc.-Ordnung ad Tit. XLIV. §. 1. und des Gesetzes zur Einführung mehrerer kreisländischer, die Priorität rc. betreffenden gesetzlichen Bestimmungen in der Oberlausitz, vom 25. Januar 1836. §. 29. beziehen sich auf das vertragsmäßige Pfandrecht an den beweglichen Gegenständen. Hinsichtlich des vom Richter bei der Execution zu bestellenden Pfandrechtes ist weder in der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXXIX. §. 8. (vergl. §. 5. des angezogenen Gesetzes), noch durch das hier zunächst in Betracht gelangende Executionsgesetz vom 28. Januar 1838, die Wegschaffung der Pfandstücke aus dem Gewahrsame des Schuldners als eine zur Gültigkeit des eigentlichen Executionsactes erforderliche Maßnahme vorgeschrieben. Das letztere Gesetz unterscheidet — indem es im übrigen an den Bestimmungen der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XXXIX. §. 8. nach §. 40. leg. nichts Wesentliches ändert — in §. 54. zwischen dem Acte der Abpfändung und den zur Sicherstellung der bereits abgepfändeten Stücke zu ergreifenden Maßregeln, wobei dem Ermessen des Gerichtes anheim gegeben wird, ob die Pfandstücke in öffentlichen Gewahrsam genommen, einer Pri-

vatperson zur Aufbewahrung übergeben, oder an Ort und Stelle unter gerichtliches Siegel gelegt werden sollen.

Nun könnte es zwar immerhin nicht als ausreichend betrachtet werden, wenn sich das Gerichtspersonal bei der Execution darauf beschränken wollte, die zur Befriedigung des Gläubigers geeigneten und erforderlichen Gegenstände aufzuzeichnen und den Schuldner zu bedeuten, daß er sich weiterer Disposition über dieselben zu enthalten habe,

vergl. angez. Zeitschr. N. F. Bd. 17. S. 450.

denn hierin allein würde die zur Gültigkeit des Executionsactes allerdings erforderliche Besitzergreifung nicht erblickt werden können; es bedarf vielmehr eines äußerlich erkennbaren Actes, durch welchen das Gericht an Ort und Stelle die abgepfändeten Sachen, mit der Absicht, sie zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, in Beschlag nimmt. Will ferner das Gericht, was nach der allgemeinen Fassung des §. 54. geschehen kann, die solchergestalt in Beschlag genommenen Sachen seinerseits dem Schuldner selbst zur Aufbewahrung überlassen, so muß zu diesem Acte der gerichtlichen Beschlagnahme und Besitzergreifung auch weiter noch eine gegenseitige ausdrückliche Erklärung des Gerichtes und des Schuldners, nach welcher der letztere die abgepfändeten Stücke im Namen des Gerichtes besitzen soll, — also ein nach dem Gesetze bei dem Hilfspfandrechte an Mobilien zulässiges constitutum possessorium — hinzutreten.

37.

Rücksichtlich der Frage: ob der Schuldner zu Ableistung des Manifestationseides anzuhalten sei? ist gegen die confirmatorische Verordnung zweiter Instanz ein weiteres Rechtsmittel des Schuldners nicht zulässig.

III. Sen.-Verordn. v. 12. März 1859. ad no. 48. deff. J.

Wenn nun aber nach §. 47. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838. die Abnahme des Manifestationseides und mithin auch die Vorladung dazu einen Theil des Executionsverfahrens bildet, sonach die Unzulässigkeit des eingewendeten Rechtsmittels nach §. 32. des angezogenen Executionsgesetzes verbunden mit §. 30. des Gesetzes vom 28. Januar 1835 die höheren Justizbehörden ꝛc. betr.

und mit §. 10. des Gesetzes vom 13. Januar 1838, die Abänderungen ɔc. betr., außer allem Zweifel beruht, so ist Appellant damit gebührend abzuweisen.

38.

Implementum contractus bilateralis und existentia conditionis in dem Sinne des §. 4. des Anh. der Erl. Proc. Ord. bei dem Executivproceß.

II. Sen.-Erk. v. 18. Jan. 1859. ad no. 557/588. von 1858.

Zunächst ist dem beizupflichten, was in voriger Instanz in der Richtung ausgeführt worden ist, daß die Leistungen des Proxeneten, um den Anspruch auf das vereinbarte oder übliche Mäklerlohn zu begründen, nicht, wenigstens nicht ausschließlich, auf eine einseitige Erfüllung eines Bilateralvertrages zurückgeführt werden können.

Zweifelhafter erscheint es dagegen, ob nicht wenigstens in einzelnen Fällen diese Leistungen, wenn es sich dabei nur um eine ganz einfache Thatsache handelt, unter den andern Fall, von welchem der Anhang der Erl. Proc.-Ordn. §. 4. spricht, unter die existentia conditionis gestellt werden können. Denn Bedingung im Allgemeinen begreift jeden Thatumstand in sich, von dessen Dasein Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden; und es ist eine aufschiebende Bedingung, sobald der vollständige Erwerb des Rechts davon, daß die Bedingung zur Existenz gelangt, abhängig gemacht wird.

Wird alsdann die Bedingung erfüllt, so kann die Erfüllung des Vertrages gefordert werden. Ferner ändert es an sich nichts an dem Begriff einer Bedingung, wenn die Erfüllung lediglich an die Thätigkeit des Promissars gebunden ist.

Allein es beruhen diese Sätze fortwährend auf der Annahme, daß die Bedingung nur eine Nebenbestimmung, welche dem Vertrage beigefügt worden ist, bildet, und nicht selbst die wesentlichen Bestandtheile des Vertrages in sich begreift.

Das Letztere tritt aber im vorliegenden Falle in einer sehr umfassenden Weise ein Denn um das Mäklerlohn von 1000 Thlrn. beanspruchen zu können, war der Nachweis erforderlich, daß das Gut für mehr als 21000 Thlr. verkauft, ein Viertheil der Kauf-

summe von dem Abkäufer bezahlt und dieser Kauf durch Klägers Vermittelung zu Stande gebracht worden war. Es handelt sich mithin hier um eine ganze Reihe von Thatsachen, deren Existenz zum Theil offenbar auf einer sich in einem sehr weiten Kreise bewegenden Beurtheilung beruht.

Nun würde es aber, wie die vorige Instanz sehr richtig bemerkt hat, der Natur des Executivprocesses entgegentreten, wenn ein so complicirtes thatsächliches Verhältniß unter die speciell hervorgehobenen Ausnahmen gebracht werden sollte, welche das Gesetz dabei auf Beweis zu stellen gestattet.

Denn der Executivproceß beruht überhaupt auf der Voraussetzung, daß der Kläger klare Briefe und Siegel vor sich hat,

Anhang zur Erl. Proc.-Ordnung §. 3.

und daß aus diesen Urkunden alle Umstände, so zu einer condemnatoria nöthig, in continenti verificirt werden.

Anhang §. 4.

Gestattet nachher das Gesetz bei dieser Proceßgattung das implementum contractus bilateralis oder die existentia conditionis auf Beweis zu stellen, so hat damit nur der Fall getroffen werden sollen, wo die Bestandtheile des Hauptgeschäftes durch Urkunden liquid gemacht werden, und nur eine Nebenbestimmung oder eine einfache Thatsache, welche die Klagbarkeit der Forderung bedingt, noch in anderer Weise verificirt werden kann. Damit unvereinbar ist es deshalb, wenn die eigentlichen Bestandtheile des Hauptvertrags selbst, wenn auch vielleicht das eine oder andere Moment durch eine Urkunde dargethan werden kann, zum Beweise im gemischten Executivproceß ausgesetzt werden sollen.

39.

Außergerichtlich gegen Dritte, wenn auch in Schriften, abgelegte Geständnisse sind als documenta guarentigiata im Executivproceß nicht benutzbar.

II. Sen.-Erk. v. 18. Jan. 1859. ad no. 557/588. von 1858.

Es kann sich daher gegenwärtig bloß noch fragen, ob dieser Beweis (das implementum conditionis) durch den Inhalt der Urkunde C. ersetzt werde. Diese Frage ist zu verneinen.

Die beregte Urkunde ist eine vom Adv. T. am 16. Juni 1857. verfaßte, vom Beklagten und dem Postmeister T. mit vollzogene Niederschrift, Inhalts welcher die beiden letzteren einen Kaufvertrag, den sie früher abgeschlossen gehabt, wiederum aufheben.

In §. 2. dieser zwischen dem Beklagten und dem Postmeister T. getroffenen Vereinbarung wird nun erklärt:

> Das Herrn oder Madame S. bereits im Jahre 1854. zugesicherte Proxeneticum, wie solches Herr B. (Beklagter) schriftlich versprochen hat, gilt als verdient und wird von Herrn B. insoweit ausdrücklich anerkannt, als er diesen Forderungsberechtigten gegenüber den in §. 1. gedachten Kaufcontract als nicht aufgelöst angesehen wissen will.
>
> Die Zahlung dieses Proxeneticums bewirkt Herr B. längstens bis zum 1. August l. J.

Es ist nun zuvörderst nicht nöthig, auf die sehr gewichtigen Bedenken einzugehen, welche die vorige Instanz gegen den Inhalt dieser Urkunde aufgestellt hat. Denn nach der Ansicht des OAG. ist diese Urkunde überhaupt nicht geeignet, eine Executivklage zu begründen.

Das darin ausgesprochene Anerkenntniß — von seinem Inhalte ganz abgesehen — ist einer nicht betheiligten Privatperson gegenüber abgelegt; es ist also im Wesentlichen eben nur ein gegen einen Dritten außergerichtlich erfolgtes Zugeständniß. Ein solches ist aber an sich nicht so beschaffen, daß es ein instrumentum guarentigiatum zu ersetzen vermöchte, welches derjenige „vor sich und in Händen haben muß," der den Executivproceß anstellen will. Die Ausstellung der Urkunde an den Berechtigten und der Besitz derselben Seiten des Letztern sind hiernach die eigentlichen Unterlagen, auf welchen die Verurtheilung des Beklagten im Executivproceß basirt werden muß, während die Erörterung der materiellen Frage: ob der Beklagte vermöge der Natur des ursprünglichen Rechtsgeschäfts verpflichtet sei, diesem Processe fern bleibt, zumal auch der Beklagte nur solcher Exceptionen, welche in continenti liquid sind, sich bedienen kann. Es hat daher ein vom Beklagten im Executivprocesse selbst abgelegtes Geständniß einer Thatsache nicht die Wirkung, um darauf die Verurtheilung desselben begründen zu können.

Die rein formelle Natur dieses Processes hat an sich mit Geständnissen einzelner Thatsachen Seiten des Beklagten nichts zu thun, und ein solches Geständniß kann deshalb nicht einen Mangel ersetzen, der an einer der Executivklage zu Grunde gelegten Urkunde sich befindet, oder gar darin besteht, daß er eine Thatsache betrifft, welche nicht durch eine Guarentigiaturkunde in continenti verificirt ist.

Es kommt hinzu, daß derartige Geständnisse — wenn sie nicht in einem vor dem Proceßrichter in der erschöpfendsten Weise über das Bestehen der libellirten Schuld abgelegten, zugleich von jeder Ausflucht absehenden Anerkenntnisse bestehen, so daß auf dessen Bewenden erkannt werden kann — niemals so ohne weiteres als vorbehaltlose und unbedingte angesehen werden können, weil nicht ausgeschlossen ist, daß der Beklagte von gleichzeitigem Vorschützen etwaiger Ausflüchte, in dem Bewußtsein, daß bei deren Illiquidität keine Rücksicht darauf genommen werden könne, abgesehen habe.

Enthält aber, wie gedacht, die Urkunde C. nur ein außergerichtliches Geständniß und steht sie damit keinesweges einer Guarentigiaturkunde, in welcher der Aussteller sich dem Inhaber verpflichtet, gleich, so war auch dieses Document zur Anstellung des Executivprocesses — wenn schon dasselbe im Ordinarproceß zur Erbringung eines dem Kläger obliegenden Beweises etwas beitragen kann — nicht benutzbar.

40.

Ein außergerichtliches, wenn auch urkundlich beigebrachtes Geständniß der einen Parthei, gegen einen Dritten, welcher nicht Repräsentant der Gegenparthei ist, ist im Executionsprocesse nicht geeignet, für letztere in Bezug auf seinen Inhalt Liquidität zu erzeugen. — Scriptura pro scribente.

II. Sen.-Erk. vom 4. Jan. 1859. ad no. 590/024. von 1858.

Nun hat zwar Beklagter sich darauf bezogen, daß Klägerin selbst in einer, gleichzeitig von ihm, Beklagtem, mitunterzeichneten Eingabe an den Stadtrath zu S. vom 29. März 1857. bekannt habe, ihm ein im Eigenthume der Commun S. befindliches, zeither in Pacht gehabtes Stück Feld irrthümlich als zur Mühle mit ge-

hörig verkauft zu haben, worauf ein beträchtlicher Theil der Kaufsumme für die Mühle mit gerechnet worden sei, und im Verhörstermine das betreffende Schreiben als Urkunde sub B. der Klägerin zur Recognition vorgelegt, welche indeß letztere mit der Bemerkung, daß die Unterschrift nicht von ihr, sondern von ihrem Sohne, zwar in ihrer Gegenwart, aber keineswegs mit ihrem Willen und nur in Folge einer von Beklagtem und dem Hypothekenbuchführer B., als Concipienten des Schreibens, ausgegangenen Täuschung über dessen Inhalt bewirkt worden sei, unter dem Erbieten zur Diffession abgelehnt hat. Allein diese Urkunde kann, wenn schon ihr Inhalt dem Anführen des Beklagten entspricht, nicht als geeignet betrachtet werden, die fragliche Ausflucht in Liquidität zu setzen, und es hat daher der in voriger Instanz der Klägerin dieserhalb auferlegte, eventuell übrigens von dieser auch seiner Fassung nach bestrittene Diffessionseid in Wegfall gebracht werden müssen. Denn wäre auch das gedachte Schreiben, als dessen Zweck es erscheint, den Stadtrath zu S. zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses über ein zeither der Klägerin verpachtet gewesenes Feldstück mit dem Beklagten, als Käufern der G. Mühle, zu bewegen und in welchem die von letzterem geltend gemachte, obenbemerkte Erklärung nur als Motiv sich ausgesprochen findet, mit dem Willen der Klägerin von deren Sohne für sie unterschrieben worden, so würde letztere immer nur aus dem Gesichtspuncte eines außergerichtlichen Geständnisses sich betrachten lassen, welches Klägerin einem Dritten — dem Stadtrathe zu S. — gegenüber abgelegt hat, und hieran kann namentlich auch durch den Umstand nichts geändert werden, daß Beklagter dieses Schreiben ebenfalls mit unterschrieben zu haben behauptet, eines Theils weil der Inhalt desselben gar nicht ersehen läßt, aus welchem Grunde, und namentlich ob im Einverständnisse mit der Klägerin dies geschehen sei, präsumtiv daher aus dieser Mitunterschrift höchstens der Beitritt des Beklagten zu dem Gesuche um Fortsetzung des Pachtes zu folgern sein könnte; andern Theiles weil formell, insofern Beklagter seine Acceptation der Erklärung der Klägerin aus seiner Mitunterschrift der fraglichen Eingabe darthun will, die fragliche Urkunde als beweisunfähige scriptura pro scribente erscheinen, und in tantum als ein recognoscibles Document

gar nicht anzusehen sein würde. Hält man aber obigen Gesichtspunkt, von welchem nach Bl. — auch die vorige Instanz (AG. Zwickau) ausgegangen ist, fest, so kann man nicht zu dem Resultate gelangen, daß durch die Urkunde B., selbst wenn dieselbe von der Klägerin oder mit deren Willen unterschrieben worden wäre, für die Behauptung des Beklagten diejenige Liquidität, welche der Executionsproceß für die Einreden in gleicher Maße wie für den Anspruch des Klägers erfordert, hergestellt werde. Denn ein außergerichtliches Geständniß gegen dritte, nicht etwa als Repräsentanten der Gegenparthei erscheinende Personen kann materiell einen vollen Beweis für sich allein überhaupt niemals gewähren (*Biener*, syst. process. §. 119.), am wenigsten ist aber dann ein erhebliches Gewicht darauf zu legen, wenn solches unter Umständen erfolgt ist, wo die Absicht, die Wahrheit zu sagen und gewisse Rechte und Verbindlichkeiten dadurch zu begründen, nicht klar vorliegt. (zu vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwaltung. N. F. 17. Band. S. 460.

41.

Executionsproceß ist unzuläſſig, wenn der Anspruch nicht direct aus der Urkunde folgt, sondern auf, wenn auch urkundlich liquid zu machenden, Thatsachen beruht, die zu Rechtfertigung des Petiti einer Subsumtion unter speciell für gewisse Verhältnisse gegebene Gesetzesvorschriften bedürfen.

III. Sen.-Verordn. v. 16. April 1859. ad no. 64. deff. J.*)

Der Urkundenproceß ist bekanntlich nach den ältern und neueren sächsischen Prozeßgesetzen nicht dazu bestimmt, ein streitiges Rechtsverhältniß zwischen den Parteien definitiv zu erörtern und zu regeln, sondern es soll dadurch nur demjenigen, welcher seinen Anspruch durch geeignete Urkunden darzulegen im Stande ist, provisorisch zu der beanspruchten Leistung verholfen werden. Ein tieferes

*) Der Wechselbeklagte stellte, nachdem er in Folge der Condemnatoria I. und II. Instanz gezahlt, jedoch in III. Instanz ein die Klage abweisendes Erkenntniß erlangt hatte, condictio sine causa in dem Executionsproceßwege an.

Eingehen in das Materielle des streitigen Rechtsverhältnisses ist in dieser Proceßgattung also ausgeschlossen und es gilt dies insbesondere von dem Executionsprocesse, bei welchem eine materielle Entscheidung nicht einmal über die Modalität und den Umfang der geklagten Verbindlichkeit möglich und nur die Liquidität und Vollstreckbarkeit des erhobenen Anspruchs in Betracht zu ziehen ist. Nach §. 86. des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838. ist auch der Executionsproceß nur aus öffentlichen, das Anerkenntniß nicht bedürfenden Urkunden zulässig, aus welchen der Grund des Anspruches vollständig erhellt; andere Erkenntnißquellen, außer dem Inhalt der Urkunde selbst, darf der Richter nicht zu Hilfe nehmen. Hieraus folgt, daß nur der Besitz solcher Urkunden, welche ein bestimmtes Zahlungsversprechen, ein bündiges Schuldanerkenntniß oder einen vollständigen Vertrag enthalten, zur Anstellung des Executionsprocesses berechtigen kann. Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß auch bei derartigen Urkunden die bestehenden Gesetze zu Rathe gezogen werden müssen; allein es ist immer ein wesentlicher Unterschied zwischen den Fällen, wo es sich nur um die Rechtsverbindlichkeit eines bestimmten Vertrages, eines Zahlungsversprechens, eines Schuldanerkenntnisses handelt und solchen Fällen, wo der Anspruch unmittelbar auf speciell für gewisse Verhältnisse gegebene gesetzliche Vorschriften gegründet werden soll. In den ersteren brauchen nur feststehende und allgemein bekannte Rechtsnormen angewendet zu werden, über deren Anwendbarkeit eine besondere Entscheidung nicht erforderlich ist, in den letzteren dagegen ist die Subsumtion der angeführten Thatsachen unter gewisse specielle Rechtsregeln nicht selten zweifelhaft. Die hierüber erforderliche Entscheidung setzt nothwendiger Weise ein tiefres Eingehen in das Materielle der Sache und ein ausführlicheres Gehör der Parteien voraus und eignet sich daher um soweniger zu einer Cognition des Richters im Executionsprocesse, als die letztere bereits in eine definitive Entscheidung über den Rechtsgrund des Anspruchs übergehen müßte. Das OAG. hat auch in der neuern Zeit die Anstellung des Executionsprocesses in Fällen dieser Art wiederholt für unstatthaft erklärt.

42.

Wenn in dem Executionsprocesse dem Beklagten in dem Präcepte aufgegeben worden, binnen sächsischer Frist und längstens den ... zu zahlen rc. und nun dieser Termin über jene hinausreicht, so liegt hierin eine Erstreckung der Frist.

II. Sen.-Erk. v. 20. April 1859. ad no. 210/53. deff. J.

Die Einrede des Beklagten Bl. — ist keineswegs, wie Kläger glaubt, für versäumt zu erachten, weil selbige besage des Praesentatum noch bis zum 22. Mai 1858, bis zu welchem Tage in dem Solutionspräcepte dem Beklagten zur Zahlung des Liquidi Frist gelassen war, vorgebracht worden ist und, wenn auch zu der angegebenen Zeit die nach §. 91. des Gesetzes vom 28. Febr. 1838 dem Beklagten zuständige und von Insinuation der Auflage an zu rechnende sächsische Frist für Einwendungen und Exceptionen bereits abgelaufen war, doch die gedachte Zahlungsauflage nach der Art ihrer Fassung zu einem nicht unerheblichen Zweifel darüber allerdings Veranlassung bieten kann, ob es nicht in der Absicht des Gerichts gelegen habe — wie ihm freistand — die Frist zur Vorbringung von Exceptionen zu Gunsten des Beklagten bis zu dem über die gedachte Sächsische Frist hinausliegenden Zahlungstermine zu verlängern.

43.

Ein Concursgläubiger hat selbst dann, wenn er sich in dem Liquidationstermine vorläufig angegeben hat, den Liquidationssatz bei Vermeidung der Ausschließung vom Creditwesen binnen der für das erste Verfahren in der Ladung bestimmten Frist zu übergeben.

II. Sen.-Erk. v. 28. Jan. 1859. ad no. 625/674. von 1858.

Bestätigung der conformen Entscheidungen erster und zweiter Instanz, unter Bezugnahme auf den obbemerkten, in dem im Wochenbl. f. merkw. Rf. Jahrg. 1853. S. 362. mitgetheilten Falle von dem OAG. näher begründeten Rechtssatz.

II.

Ueber das Recht des Abmiethers

aus einer in Gemäßheit des Gesetzes vom 6. November 1843. §. 16. sub 7. zu seinen Gunsten eingetragenen Dispositionsbeschränkung.

Von Herrn Oberappellationsrath **Ponath**.

Das Gesetz die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843. §. 16. Nr. 7. führt unter den Beispielen von Dispositionsbeschränkungen, welche nicht aus einer besonderen rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks fließen, sondern auf die Verfügung des Besitzers über dasselbe sich beziehen und als solche zu der Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche sich eignen, u. a. auch diejenige auf, welche aus der von dem Besitzer gegen einen Abmiether eingegangenen Verpflichtung, bei Veräußerung des Grundstücks dem Käufer die Erfüllung des Miethcontracts zur Bedingung zu machen, entspringt. Das Gesetz scheint hierin von dem bayerischen Hypothekengesetze, dessen Principien es im Wesentlichen adoptirt hat, abzuweichen, indem das Letztere in §. 22. No. 7. unter den beispielsweise erwähnten, zum Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch geeigneten „Rechtsgeschäften und Verhältnissen, wodurch die Befugniß des Besitzers, über die Sache zu verfügen, eingeschränkt wird", jener Verfügungsbeschränkung

nicht gedenkt und nach den Bemerkungen Gönners im Commentar I. Bd. S. 278. S. 305. sub 4., II. Bd. S. 235. ff. diese Uebergehung nicht als eine blos zufällige angesehen werden kann, vielmehr auf der Absicht beruht, die Ueberfüllung des Hypothekenbuches mit Einträgen, die mit dem Hypothekenwesen nicht in Verbindung stehen, zu verhüten. Allerdings gebietet die Bestimmung des Grund- und Hypothekenbuchs, der Zweck, eine zuverlässige und übersichtliche Zusammenstellung der Eigenthums- und Hypotheken-Verhältnisse des Landes dadurch zu geben und dem allgemeinen Verkehre die Vortheile eines geordneten Realcredits dauernd zu sichern, schon vom rein formalen Standpunkte aus die Ausscheidung aller Einträge, welche mit dem Grund- und Hypothekenwesen nicht in engem Zusammenhange stehen und deren Aufnahme zu einer Erneuerung oder Wiederholung des mühevollen und umfänglichen Werkes der Aufstellung früher, als außerdem zu erwarten ist, nöthigen könnte. Auch das Sächsische Hypothekengesetz hat dieser Rücksicht in der die möglichste Raumersparniß bei allen Einträgen und Vormerkungen anordnenden Vorschrift in §. 160. (vergl. die Motive zu §. 14. 16. 77. 157. in den Landtagsacten vom Jahr 1843. 1. Abth. II. Bd. S. 93. 111. 123.) die gebührende Beachtung geschenkt und wenn zu besorgen wäre, daß die oben erwähnte Disposition zu einer Ueberfüllung des Hypothekenbuches mit Einträgen von Pacht- und Miethverhältnissen Anlaß geben könnte, wie Gönner in der Bemerkung Band I. S. 278. voraussetzt, so würde dies gerechtes Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit derselben erregen. Allein diese Voraussetzung ist hier nicht begründet. Die gesetzliche Bestimmung ist, wie die betreffenden Motive (Landtagsacten a. a. O.) ergeben, durch ein praktisches Bedürfniß hervorgerufen worden, welches bei der neuen Hypothekenverfassung nicht in gleicher Weise, wie bisher, Befriedigung finden konnte.

Während der Abmiether, um sich gegen die Anwendung des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" zu schützen, bis dahin

berechtigt war, dem Vermiether das Versprechen, daß er im Falle einer Veräußerung des vermietheten Grundstücks dem Erwerber die Erfüllung des Miethvertrags zur Bedingung machen werde, abzunehmen und sich dieses Versprechens halber eine Hypothek an dem Grundstücke bestellen zu lassen, wurde ihm durch das Princip der Specialität der Hypothek die Füglichkeit seiner Sicherstellung in dieser Form entzogen und es sollte ihm nun gestattet sein, an deren Statt die durch ein solches Versprechen des Vermiethers bedingte Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch eintragen zu lassen, um jenen Zweck zu erreichen.

Damit ist dem Befugnisse des Abmiethers eine Grenze gezogen worden, welche die Ueberfüllung des Hypothekenbuches mit Pacht- und Miethverträgen aller Art nicht wohl besorgen läßt. Nicht die Existenz eines derartigen Vertrags für sich allein gewährt dem Abmiether oder Pachter die Befugniß zu einem Eintrage der fraglichen Dispositionsbeschränkung. Er hat zwar schon vermöge des Vertrags selbst das Recht, die Gewährung des uti frui licere auf die bedungene Zeit von dem Vermiether zu fordern, auch ohne solches für den Fall einer immittelst erfolgenden Veräußerung des ermietheten Grundstücks besonders und ausdrücklich gewahrt zu haben. Allein er ist nicht berechtigt, von dem Vermiether zu verlangen, daß dieser durch besondere Stipulation mit dem neuen Erwerber die Erfüllung des Vertrags ermögliche. Selbst ohne eine solche Stipulation kann, ungeachtet der Veräußerung, der Vermiether denkbar in der Lage bleiben, dem Abmiether die ungestörte Miethbenutzung gewähren zu können: wie und auf welchem Wege er sich dazu im Stande erhalten will, muß daher ihm überlassen bleiben, dafern er nicht in dieser Beziehung noch besonders vinculirt worden ist.

Dadurch ist natürlich keineswegs ausgeschlossen, daß der Abmiether auch außer dem Falle dieser Vinculirung sein durch Veräußerung des ermietheten Grundstücks bedrohtes Recht schü-

tzen und unter geeigneten Umständen auch die Eintragung einer Protestation gegen dessen Veräußerung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangen könne. Eine derartige Sicherheitsmaßregel würde aber nach §. 147. des Gesetzes zu beurtheilen sein, nicht unter die jetzt fragliche Disposition fallen. Die Letztere setzt ein besonderes Abkommen der Contrahenten voraus, durch welches der Vermiether speciell verpflichtet worden ist, das betreffende Grundstück nicht anders als dergestalt zu veräußern, daß er den Käufer zu Erfüllung des Miethvertrags verbindlich macht.

Daß in jenem Abkommen zugleich die Eintragung der betreffenden Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch vereinbart worden sein müsse, erfordert das Gesetz nicht. In der Unterwerfung des Besitzers unter eine Dispositionsbeschränkung, welche von dem Gesetze für geeignet zu jener Eintragung erklärt wird, muß daher auch, dafern etwas Anderes nicht ausgemacht ist, die factisch erklärte Einwilligung desselben in die wirkliche Eintragung erblickt werden. Nur versteht es sich von selbst, daß der Abmiether, um diese Eintragung von der Grund- und Hypothekenbehörde zu erlangen, das fragliche Abkommen in derjenigen Form nachzuweisen hat, welche §. 143. von den zu Einträgen oder Löschungen im Grund- und Hypothenbuche dienenden Unterlagen erfordert: die Möglichkeit einer anderen, weniger eng begrenzten Bescheinigung, welche das Gesetz bei Vormerkungen (§. 51.) und bei Protestationen (§. 147. und 148.) gestattet, ist durch den Charakter des hierunter im Grund- und Hypothekenbuche zu Verlautbarenden, als eines definitiven, nicht blos provisorischen Eintrags, ausgeschlossen.

Schon diese Betrachtung des Sinnes der gesetzlichen Bestimmung, sowie der Voraussetzungen, an welche der von ihr gewährte Rechtsschutz geknüpft ist, wird die Befürchtung beseitigen, daß das Bedürfniß des öffentlichen Verkehres zu einer allzuhäufigen oder mißbräuchlichen Anrufung dieses Schutzes

hinführen werde. Vielleicht wird dazu auch die richtige Erkenntniß der Gränzen beitragen, bis zu welchen die Disposition des Gesetzes den Abmiether gegen Beeinträchtigung seines Vertragsrechts im Falle der Veräußerung des ermietheten Grundstücks schützt, und es dürfte daher die Erörterung dieses Gegenstandes um so weniger unzeitgemäß sein, als die Spruchpraxis nicht selten Gelegenheit zu der Wahrnehmung bietet, daß man im rechtlichen Verkehre von dem in Frage befangenen Eintrage größere Wirkungen erwartet, als er hat und haben kann.

Dem OAG. hat unlängst ein Fall vorgelegen, in welchem sich der Abmiether wegen Erfüllung des auf eine längere Reihe von Jahren abgeschlossenen Miethcontracts durch ein Versprechen des Vermiethers,

> sein Eigenthum an dem vermietheten Grundstücke nicht anders, als mit der Bedingung, zu veräußern, daß der Besitznachfolger diesen Contract in allen Punkten zu erfüllen, ebenso wie er selbst (Vermiether) verbunden sein solle,

zu sichern gesucht, auch den Eintrag dieser Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch auf Rubrik II. des betreffenden Folium erlangt hatte. Nachdem ein hypothekarischer Gläubiger des Vermiethers, dessen Forderung nach der vorerwähnten Dispositionsbeschränkung in das Hypothekenbuch eingetragen worden war, die nothwendige Subhastation des Grundstücks beantragt hatte, trat der Abmiether der Einleitung derselben mit der Berufung auf sein Vertragsrecht, sowie auf die deßhalb eingetragene Dispositionsbeschränkung entgegen, indem er aus der Letzteren die Zuständigkeit des Anspruchs auf Vertragserfüllung gegen jeden Nachbesitzer des Vermiethers, namentlich auch gegen den Ersteher des zu subhastirenden Miethgrundstücks ableitete und deßhalb die Verbindlichkeit zu Erfüllung des Miethcontracts unter die Licitationsbedingungen aufgenommen wissen wollte. Die darüber entstandene Differenz gelangte zu rechtlichem Erkenntniß und der vorerwähnte Anspruch des Abmiethers wurde

in allen Instanzen für unbegründet befunden. Die Gründe der Entscheidung des OAG. (II. Sen.-Erk. v. 18. Febr. 1859 ad no. 776/720. deff. Jahr.) sind ihrem wesentlichen Inhalte nach bei der nachstehenden Ausführung berücksichtigt.

Bei Beantwortung der Frage, wie weit die Wirksamkeit eines dem Abmiether von dem Vermiether ertheilten Versprechens der angegebenen Art sich erstrecke, wenn es, wie in dem vorerwähnten Eintrage, übereinstimmend mit der Ausdrucksweise des Gesetzes gefaßt ist, muß zunächst davon ausgegangen werden, daß wie Leistungen in Obligationsverhältnissen überhaupt im Zweifelsfalle auf das geringste Maaß zurückzuführen sind, so insbesondere Verpflichtungen, welche eine Beschränkung der Freiheit des Eigenthums und der Gebahrung mit den Objecten desselben zum Gegenstande haben, stricter Auslegung unterliegen, und nicht über den Wortlaut der Bestimmung ausgedehnt werden dürfen. Das Gesetz vom 6. November 1843 selbst erkennt diesen gemeinrechtlich unbestrittenen Grundsatz in den Bestimmungen §. 32. und 73. unzweideutig an; hier wird dem Vorbehalte des Eigenthums an dem veräußerten Grundstücke, wenn er die Sicherstellung einer Forderung zum Zwecke hat, ingleichen der von dem Grundstücksbesitzer gegen einen hypothekarischen Gläubiger eingegangenen Verpflichtung, ohne dessen Einwilligung das Grundstück nicht zu veräußern, oder einem andern Gläubiger Hypothek daran einzuräumen, nur eine beschränkte Wirkung zugestanden, welche sogar hinter dem zurückbleibt, was dem Wortlaute nach als klar ausgesprochene Willensmeinung der Contrahenten anzusehen ist. Unverkennbar ist hier die Absicht leitend gewesen, die freie Verfügung des Schuldners über das von ihm verpfändete Grundstück, welche §. 72. ausdrücklich hervorhebt, thunlichst ungeschmälert zu erhalten und selbst dem Privatwillen keine, über das nothwendige Maaß hinausgreifende Beschränkung derselben zu gestatten. Dieselbe Tendenz liegt der Bekanntmachung des Ministerium der Justiz die Entscheidung eines Zweifels

bei Ausführung des Gesetzes vom 6. November 1843. betreff. vom 29. September 1846 (G. S. d. J. 1846. S. 270. fg.) zu Grunde. Auch in ihr ist der Kreis der vertragsmäßigen, zu der Eintragung in das Hypothekenbuch geeigneten Dispositionsbeschränkungen in einer Weise begränzt, welche den Zweck, die Freiheit der vermögensrechtlichen Verfügung möglichst zu begünstigen, deutlich ausspricht.

Die Festhaltung des vorerwähnten Princips bei Auslegung eines Abkommens der oben angedeuteten Fassung führt zu nachstehenden Consequenzen.

1) Die dadurch begründete Dispositionsbeschränkung bezieht sich nur auf Veräußerungen des betreffenden Grundstücks im engern Sinne, d. h. auf Rechtsgeschäfte, durch welche das Eigenthum an Letzteren oder doch ein mit der Fortdauer der Miethbenutzung unvereinbares Realrecht auf einen Dritten übertragen wird. Die weitergehende Bestimmung des Begriffs alienatio, welche in l. 7. C. d. reb. alien. non alienand., abweichend von l. 1. C. de fund. dot. gegeben wird, vermöge deren die Bestellung von Realrechten jeder Art darunter zu subsumiren ist, bleibt hier unanwendbar und es kann das Verbot der Veräußerung namentlich nicht auf das Verbot der Verpfändung des Grundstücks ausgedehnt werden. Beide Arten der Disposition über das Grundstück sind gerade für das Grund- und Hypothekenwesen, wie es sich durch die Einführung des Grund- und Hypothekenbuchs gestaltet hat, völlig verschiedenartige, schon wegen der Form dieses Buchs getrennt zu haltende Rechtsgeschäfte. Auch werden sie in dem Gesetze vom 6. November 1843. vielfach unterschieden. Vergleicht man die Redeweise des Gesetzes z. B. in §. 30. 44. 72—74. so erscheint das Wort „Verfügung" als der die Veräußerung und Verpfändung umfassende, dem Begriffe der alienatio im Sinne der vorangezogenen l. 7. C. d. reb. alien. non alien. sich annähernde Ausdruck, dagegen der Ausdruck „Veräußerung" lediglich zu Bezeichnung der einen Eigenthumsübergang ent-

haltenden Dispositionen im Sinne der l. 1. C. d. fund. dot. gebraucht. Am klarsten weist auf diese Nomenclatur des Gesetzes einer Seits die zu Erläuterung des Mangels der „freien Verfügung“ in §. 30. genommene Beziehung auf die §§. 11. und 13. hin, welche von solchen Grundstücken handeln, die der Besitzer ohne Einwilligung Dritter weder veräußern noch verpfänden darf, anderer Seits der in §. 74. gebrauchte Ausdruck „Veräußerung“ in Bezug auf einzelne Theile eines Grundstückscomplexes, bei welchen nach §. 53. eine rechtsgültige Verpfändung überhaupt undenkbar ist.

Die Contrahenten dürfen sich daher in keiner Weise beschwert erachten, wenn ihr Abkommen in demjenigen beschränkten Sinne aufgefaßt wird, welchen schon eine dem legalen Sprachgebrauche sich anschließende grammatische Interpretation an die Hand giebt, und es bedarf daher keiner weiteren Ausführung, daß die fragliche Stipulation auf Pfandbestellungen schlechthin schon deshalb nicht angewendet werden könnte, weil nach §. 38 fg. Fälle denkbar sind, in welchen eine Hypothek an dem betreffenden Grundstücke ohne Zuthun des Besitzers, ja gegen seinen ausdrücklichen Widerspruch zu bestellen ist (vergl. die Motiven zu §. 176. S. 124 fg.).

2) Die Dispositionsbeschränkung betrifft nur freiwillige Veräußerungen. Dies folgt schon aus dem vorher Bemerkten. Daß diejenigen Gläubiger, welche kraft des Gesetzes und ohne Zuthun des Schuldners in Gemäßheit §. 38 fg. des Gesetzes ein Pfandrecht an dem ermietheten Grundstücke erlangt haben, an dessen Realisirung mittels Veräußerung des Grundstücks nicht durch Verträge des Schuldners mit seinem Abmiether gehindert werden dürfen, versteht sich von selbst. Aber auch solche Gläubiger, welche ihre Hypothek dem reinen Privatwillen verdanken, sind in dieser Hinsicht in gleichem Falle. Das Gesetz, welches ihnen, wie in Vorstehendem gezeigt worden ist, gestattet, ein Pfandrecht an dem vermietheten Grundstücke, ungeachtet des darüber zwischen dem Schuldner und Abmiether

bestehenden Vertrags, zu erwerben, kann ihnen nicht das hauptsächliche Attribut dieses Rechts, das von dem Belieben des Schuldners unabhängige jus distrahendi pignoris, durch denselben Vertrag entziehen lassen.

Hiernach kann die nach §. 16. sub 7. eingetragene Dispositionsbeschränkung des Vermiethers rechtliche Wirkung nur in dem Falle haben, wenn der Letztere freiwillig des Eigenthums an dem vermietheten Grundstücke zu Gunsten eines Dritten sich begiebt, beziehentlich ein Realrecht der oben bezeichneten Art daran bestellt, und auch dann nur in so weit äußern, als der Besitznachfolger zu der Erfüllung des Miethcontracts in gleicher Weise wie sein Vorbesitzer gehalten, mithin ebensowenig als dieser an der Verpfändung des Grundstücks behindert ist. Da die Letztere mittelbar immer zu einer factischen Wirkungslosigkeit der Vertragsrechte des Abmiethers führen kann, so drängt sich von selbst die Frage auf, ob diese Auffassung des vorliegenden Rechtsverhältnisses mit demjenigen im Einklange steht, was das Gesetz Inhalts der Motiven beabsichtigt.

Daß sie nicht über diese Absicht hinausgeht, indem sie freiwillige Veräußerungen im Allgemeinen berücksichtigt, während die Motiven in der Bezugnahme auf den Satz „Kauf bricht Miethe" nur Kaufverträge im Auge zu haben scheinen, bedarf keiner ausführlichen Darlegung. Die Motiven haben offenbar den Fall eines Verkaufs des Miethgrundstücks nur deshalb hervorgehoben, weil er derjenige ist, in welchem die Gefährdung des Abmiethers vermöge des dem Käufer zustehenden Rechtes auf vacua possessio des erkauften Grundstücks und vermöge des daraus fließenden Befugnisses zu Expulsion des Abmiethers am Schärfsten hervortritt, gegen welchen daher der Abmiether sich durch Cautelen sicherzustellen vorzugsweise veranlaßt ist. Das Uebergewicht des dinglichen Rechtes, welches der Käufer durch Uebergabe oder nach der jetzigen Hypothekenverfassung durch die Eintragung als Civilbesitzer des Grundstücks erworben hat, über das blos persönliche Recht

des Abmiethers macht sich hier am Oeftersten geltend, es kann aber ebenmäßig in Folge anderer Veräußerungsacte als Kaufverträge fühlbar werden. Sofern daher der Dritte, welcher das Grundstück, durch ein anderes Rechtsgeschäft unter Lebenden als durch Kauf, von dem Vermiether eigenthümlich erworben hat, in der Lage sein sollte, der Aushaltung des Miethcontracts sich entziehen zu können, würde kein Grund vorliegen, den im Gesetze gebrauchten Ausdruck „Käufer" so zu nehmen, daß jeder andere „Erwerber" dadurch schlechthin ausgeschlossen wäre.

Wohl aber entsteht das Bedenken, ob das Gesetz nach der oben entwickelten Auslegung dem Abmiether wirklich dasjenige gewährt, was es ihm in den Motiven verheißt, denselben Schutz seines Vertragsrechts, welchen ihm die vertragsmäßige Beschränkung des Veräußerungsrechts in Verbindung mit der deshalb bestellten Hypothek nach früherem Rechte sicherte. Ein Rückblick auf das bisherige Recht wird dieses Bedenken heben.

Die Frage, welche Geltung vertragsmäßige Veräußerungs-Beschränkungen haben, ist bekanntlich nach gemeinem Rechte nicht außer Zweifel. Die von der Mehrzahl von Rechtslehrern*) gebilligte, in der Praxis herrschende Meinung unterscheidet dieselben hierbei von sogenannten testamentarischen, auf letztwilliger Verfügung beruhenden Beschränkungen gleicher Art, indem sie zwar die Letzteren als Grund eines, die Sache selbst afficirenden und den Uebergang des Eigenthums hindernden Rechtes anerkennt, den Ersteren dagegen

*) Vergl. außer den von Glück Pand. Th. 16. §. 976. S. 66. not. 5. citirten Schriftstellern: Donelli comm. de jur. civ. tom. V. p. 312. sqq. ed. König. Cujac. ad leg. 122. d. verb. obl. tom. VIII. p. 698. sqq. Gail. obs. lib. II. obs. 16. no. 3. sqq. p. 305. sq. obs. 137. no. 16. p. 578. Stryk. de caut. contr. sect. I. cap. 29. §. 29. sqq. p. 55. sqq. Schweppe Privatr. Bd. 2. §. 226. S. 53. fg. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. 1. §. 119. S. 287. fg. Vangerow Pand. Bd. 1. §. 299. S. 629 fg. VI. Ausg. Lauk in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd. 5. S. 10. fg.

nur die Wirkung zugesteht, daß die gegen das Verbot unternommene Veräußerung demungeachtet gültig bleibt, jedoch dem Promissar daraus ein Anspruch auf das id quod interest gegen den zuwiderhandelnden Promittenten erwächst. Ueber die Person des Promittenten geht natürlich dieser Anspruch aus dem lediglich unter den Contrahenten wirksamen Abkommen an sich nicht hinaus. Es ist aber auch nicht gerechtfertigt, wenn manche Rechtslehrer in dem Falle, daß wegen des die Veräußerungsbeschränkung enthaltenden Vertrags Hypothek bestellt worden wäre, der Beschränkung selbst eine dingliche Natur vindiciren und die vertragswidrige Veräußerung demgemäß für nichtig und ungültig erklären. Die Hypothek vermag nicht das Befugniß des Promissars in seinem rechtlichen Charakter objectiv umzugestalten, sondern verleiht ihm nur eine subjectiv erweiterte Geltung, indem sie die Füglichkeit eröffnet, das gegen den Contrahenten erworbene Recht nunmehr auch gegen den, durch den Besitz des Pfandes gleichsam mitobligirten Dritten geltend zu machen: das Forderungsrecht selbst bleibt intensiv unverändert, nur auf das id quod interest, nicht auf Annullirung der vertragswidrigen Veräußerung gerichtet. (Mühlenbruch Cession d. Forder. §. 27. S. 324 fg. II. Ausg. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. 1. §. 119. S. 289. Lauf in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 5. S. 17. Vangerow Pand. Bd. 1. §. 299. S. 634.) Nun ist es zwar nicht die Thatsache der Veräußerung selbst, welche das Recht des Abmiethers gefährdet, sein Interesse geht nicht auf die Ungültigmachung oder unbedingte Verhinderung des Veräußerungsacts, sondern auf die durch diesen Act nicht zu störende Leistung dessen, was er aus dem Miethvertrage zu beanspruchen hat, mithin auf die fernere Gewährung der bedungenen Benutzung und eventuell auf Ersatz der durch die Nichtgewährung verursachten Schäden. Unbeschadet des Satzes, daß das vertragsmäßige Veräußerungsverbot den Uebergang des Eigenthums auf den Erwerber des ermietheten Grundstücks

nicht hindere, kann man ihm daher die Geltendmachung dieses Anspruchs in seinem ganzen Umfange auch gegen den Letzteren zugestehen, ohne ihn auf das id quod interest im eigentlichen Sinne, den Ersatz des pecuniären Schadens, zu beschränken. Allein Alles dies gilt natürlich nur gegenüber demjenigen Nachbesitzer, welcher das mit der fraglichen Hypothek behaftete Miethgrundstück mit dieser Hypothek von dem Pfandschuldner erwirbt. Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß desjenigen Nachbesitzers, welcher dieses Grundstück im Wege der nothwendigen Subhastation aus der Hand des für den Gläubiger veräußernden Richters und unter den durch das Gesetz vorgeschriebenen, von dem Willen des zeitherigen Besitzers unabhängigen Bedingungen erwirbt. Für ihn existirt die wegen Erfüllung des Miethcontracts bestellte, die Verpflichtung aus dem persönlichen Schuldnexus des Vermiethers vermittelnde Hypothek nicht. Denn die Vorschriften des Gesetzes vom 6. November 1843 §. 100. u. 104., wonach die Hypothek durch gerichtliche Zwangsversteigerung erlöscht und das also versteigerte Grundstück frei von jeder andern, als der wegen der gestundeten Erstehungsgelder vorbehaltenen Hypothek auf den Ersteher übergeht, wiederholen nur den schon früher unbestrittenen, aus gemeinrechtlichen Principien (l. 6. 7. C. de obl. et act. l. 3. C. si antiqu. cred. l. 6. 8. C. de rem. pign.) folgenden Grundsatz, daß durch nothwendige Veräußerung eines Grundstücks die auf demselben haftenden Hypotheken, mit Ausschluß der Reallasten, exspiriren, mithin der Ersteher blos das licitum zu erlegen und mit den auf dieses den Hypotheken- und sonstigen Gläubigern etwa zustehenden Ansprüchen nichts zu thun hat. (Berger oec. jur. lib. II. tit. V. th. 16. no. 3. Wernher sel. obs. p. I. obs. 268. tom. I. p. 288. sq. Hommel rhaps. obs. 339. et 358. Curtius Handb. Th. IV. §. 1383. no. 4.) Die der fraglichen Dispositionsbeschränkung halber bestellte Hypothek gab dann dem Abmiether nur das Recht, sich wegen seines etwaigen interesse an die Licitat-

gelder zu halten. Nun kann zwar dieser Anspruch nach der durch das Gesetz vom 6. November 1843 eingeführten Hypothekenverfassung — und das deuten die Motiven an — durch den Eintrag einer Dispositionsbeschränkung in Rubr. II. des Grund- und Hypotheken-Buchs nicht mehr erworben werden. Mit dem Principe der Specialität der Hypothek ist er unvereinbar. Das Recht auf Theilnahme an der Befriedigung aus den Licitatgeldern, soweit es nicht Reallasten betrifft, erfordert eine ordnungsmäßig, mithin nach speciellem Betrage in Rubr. III. eingetragene Hypothek. Inzwischen blieb es den Betheiligten unbenommen, diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß sie das id quod interest der Nichterfüllung des Vertrags nach einem im Voraus quantificirten Betrage, als Cautionshypothek, in das Hypothekenbuch eintragen ließen. Es lag also für den Gesetzgeber eine Veranlassung, dem Abmiether anstatt des früher durch Hypothekbestellung erlangten Sicherungsmittels ein anderes, den Grundsätzen des neuen Rechtes entsprechendes zu verschaffen, nur in so weit vor, als ihm jenes zugleich die Erfüllung des Vertrags, nicht blos die Entschädigung wegen dessen Nichterfüllung zu sichern vermochte. Dies ist durch die Gestattung des in §. 16. sub 7. erwähnten Eintrags verwirklicht worden: der Abmiether erlangt dadurch das Recht, den Besitznachfolger seines Vermiethers (in dem oben dargelegten Sinne) zu Erfüllung des Vertrags, entweder mittelbar durch Klaganstellung gegen den Letzteren, oder auch unmittelbar durch Klagerhebung gegen ihn selbst, beziehentlich aus dem Gesichtspunkt des pactum in favorem tertii zu nöthigen, er erreicht mithin dasselbe, was ihm unter der Herrschaft des früheren Hypothekenrechts durch die Hypothek gewährt wurde, und ein Mehreres haben ihm auch die Motiven des Gesetzes nicht verheißen.

Stehen nun aber — kann man weiter fragen — die bisher entwickelten Sätze mit dem unsere jetzige Hypothekenverfassung beherrschenden Principe der Oeffentlichkeit im Ein-

klange, und gefährden sie nicht das Vertrauen auf die Einträge in das Hypothekenbuch, dessen Begünstigung das Gesetz §. 22. seiner Tendenz gemäß so unzweideutig ausspricht? In der That wurde in dem obenerwähnten Streitfalle von dem Abmiether zu dem Schutze seines Vertragsrechts dieser Gesichtspunkt geltend gemacht und unter Berufung auf die vorangezogene Disposition des Gesetzes, wonach Niemand die Unkenntniß dessen, was im Grund- und Hypotheken-Buche eingetragen ist, für sich anführen kann, die Behauptung aufgestellt, daß sein Vertragsrecht vermöge des deshalb erlangten Eintrags in das Grund- und Hypotheken-Buch gegen Jedermann gewährleistet werde, welcher nach jenem Eintrage eine Handlung vorgenommen habe, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an dem ermietheten Grundstücke beziehe. Allein auf das Irrige der hierbei zu Grunde liegenden Ansicht, daß jedes Rechtsverhältniß, welches in dem Grund- und Hypotheken-Buche verlautbar ist, schon vermöge des diesfallsigen Eintrags die Natur einer schlechthin gegen Jedermann wirksamen, mithin gewisser Maßen dinglichen Berechtigung annehme, hat bereits Heyne in den Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte no. V. S. 109 fg. in besonderer Beziehung auf die II. Rubrik des Hypothekenbuchs aufmerksam gemacht. Eine nähere Betrachtung des Gesetzes in der hier einschlagenden Beziehung ergiebt sofort das Unhaltbare dieser Ansicht.

Vormerkungen von Forderungen, welche mit Rechtstitel zu Erlangung einer Hypothek versehen sind, geben durch ihre Verlautbarung im Grund- und Hypotheken-Buche keineswegs ein dingliches Recht (vergl. die Motiven zu §. 24. und 51. S. 95. S. 101.). Unbezweifelt vermögen ferner Protestationen zu Sicherung eines künftigen Hülfsobjects wegen einer mit Rechtstitel zur Eintragung in das Grund- und Hypotheken-Buch nicht versehenen Forderung, obschon sie in Gemäßheit §. 148. zu dem Eintrage in dieses Buch sich eignen, keineswegs die nachmalige Eintragung anderer Rechte zu hindern, deren

Realisirung von dem freien Willen des Schuldners unabhängig ist und im weiteren Verlaufe dazu führen kann, jene Protestation wirkungslos zu machen.

In §. 30. verbunden mit §. 11. und 13. sind weiter als Beschränkungen des Besitzers in der freien Verfügung, welche die Entstehung von Hypotheken an dem Grundstücke schlechthin hindern, Grundstücke mit getheiltem Eigenthum, beziehentlich Erbpachtgrundstücke genannt, und in §. 31.—36. wird der Grundsatz, daß in Mangel freier Verfügung auch die Bestellung von Hypotheken ohne Zustimmung der Betheiligten unstatthaft sei, in specieller Anwendung auf mehrere der in §. 16. sub 7. gedachten Dispositionsbeschränkungen weiter ausgeführt. Bemerkenswerth sind hier vorzüglich die Bestimmungen über Vorkaufs-, Rück- oder Wiederkaufsrechte in §. 33., Inhalts deren die Bestellung von Hypotheken durch den Eintrag jener Rechte überhaupt nicht ausgeschlossen, die Wirksamkeit derselben auch blos in dem Falle, wenn die Vorkaufs- oder Wiederkaufs-Summe im Voraus bestimmt ist, und selbst dann nur rücksichtlich des diese Summe übersteigenden Betrags beschränkt ist. Folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß in jedem anderen Falle die bestellten Hypotheken gegen den Vorkaufs- oder Wiederkaufs-Berechtigten volle und unbeschränkte Geltung haben, so erhellt daraus wenigstens soviel, daß der Eintrag in das Grund- und Hypotheken-Buch allein die Entstehung weiterer Einträge im Grund- und Hypotheken-Buche, welche auf jene denkbar nachtheilig einwirken können, nicht hindert. Zu der Annahme des Gegentheils wäre man aber genöthigt, wenn man das eingetragene Recht des Abmiethers über das der Hypothekarier stellen wollte, da diese mit ihrer Eintragung auch ohne Weiteres berechtigt werden würden, jenes Recht illusorisch zu machen. Nicht unberücksichtigt ist endlich zu lassen, daß in §. 34. diejenige Dispositionsbeschränkung, welche aus dem einem Anderen zustehenden Nießbrauche hervorgeht, in ihrem Einflusse auf die Hypotheken des dem Nießbrauche unterliegen-

den Grundstücks speciell behandelt ist, gleichwohl der etwaigen Collision, welche das sehr ähnliche, obschon seiner rechtlichen Qualification nach von dem dinglichen Rechte des Nießbrauchs wesentlich verschiedene Verhältniß des Miethers herbeiführen kann, nicht gedenkt. Je näher es hierbei lag, die beiden in §. 16. sub 7. nebeneinander erwähnten Verhältnisse des Nießbrauchberechtigten und des Abmiethers in das Auge zu fassen, um so weniger läßt sich annehmen, daß das Gesetz beabsichtigt habe, das an sich rein persönliche Recht des Conductor durch die in §. 16. gestattete Eintragung einer bezüglichen Dispositionsbeschränkung dem dinglichen Rechte des Nießbrauchers gleichzustellen und überhaupt zu einem, jedes spätere Recht an dem ermietheten Grundstücke überwiegenden zu machen. Im Geiste des Gesetzes liegt es sicher nicht. In der schon oben angezogenen Bestimmung §. 73. wird dem in das Grund- und Hypotheken-Buch eingetragenen Versprechen des Schuldners, ohne Einwilligung oder Vorwissen des hypothekarischen Gläubigers das verpfändete Grundstück nicht zu veräußern oder einem anderen Gläubiger Hypothek daran einzuräumen, die Wirkung der Verhinderung von Veräußerungen oder anderweiten Verpfändungen abgesprochen. Bekanntlich ist aber gerade diese Modalität vertragsmäßigen Veräußerungsverbots diejenige, welche auf Grund des Ausspruchs der l. 7. §. 2. D. d. distr. pign. manche Rechtslehrer (Wernher obs. for. tom. I. p. II. obs. 372. p. 368. §. 33 sq. p. 58. Mevius decis. 300. tom. I. p. II. p. 416 sq.) ausnahmsweise nicht blos unter den Contrahenten, sondern auch gegen Dritte wirksam erachten, weil es sich dabei nur um die Erweiterung eines dinglichen, schon an sich gegen Dritte wirkenden Rechtes handelt. Man kann also keinesfalls sagen, daß es dem Geiste des Gesetzes entspreche, in dem jetzt fraglichen Falle die Umwandlung eines persönlichen Rechts in ein dingliches zu begünstigen, oder sie im Wesentlichen blos daraus zu folgern, daß das Gegentheil im Gesetze nicht ausgesprochen ist.

Will sich der Abmiether nicht mit demjenigen begnügen, was das Gesetz vom 6. November 1843 durch Zulassung des Eintrags der ofterwähnten Dispositionsbeschränkung gestattet, so ist ihm der schon oben angedeutete Weg weiterer, nach Befinden wirksamerer Sicherstellung durch Eintragung einer Hypothek wegen des im Voraus quantificirten id quod interest durch das Gesetz nicht verschlossen.

Ob ihm ein noch kräftigeres Sicherungsmittel durch eine solche Fassung des Abkommens mit dem Vermiether geboten sei, welche die oben aus dessen grammatischer Interpretation abgeleiteten Bedenken beseitigen, z. B. nicht nur die Veräußerung, sondern auch die Verpfändung des Miethgrundstücks verbieten würde — ist eine Frage, die unseres Wissens der Entscheidung des Ober-App.-Ger. wenigstens in dieser Schärfe noch nicht unterlegen hat. Doch ergeben sich aus der bisherigen Darstellung mannichfache Bedenken gegen deren Bejahung. Nicht zu gedenken, daß die Unwirksamkeit auch eines derartigen Abkommens gegenüber denjenigen Gläubigern, welche zu Erwerbung einer Hypothek kraft des Gesetzes berechtigt sind, aus dem oben Ausgeführten ohne Weiteres folgt, dürfte dessen Geltung selbst in Beziehung auf die durch Privatwillen bestellten Hypotheken zu bezweifeln sein. Der legislativ-politische Grundsatz, daß zunächst und hauptsächlich der freie Wille der Contrahenten über ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten bestimmen und das Gesetz wie der entscheidende Richter den unzweideutigen Ausdruck dieses Willens als die feste Norm für deren Beurtheilung anzuerkennen hat, kann bei dem Institute des Grund- und Hypothekenwesens schon wegen der einschlagenden Rücksichten auf das öffentliche Wohl nicht unbedingt maaßgebend bleiben.

In seinen schon oben angezogenen Bestimmungen über das Verfügungsrecht des Schuldners §. 72. 73. stellt das Gesetz (vergl. die Motiven zu §. 71. S. 108.) die Anforderung des öffentlichen Interesse, „jedem Grundstücksbesitzer den Credit

„zu erhalten, dessen er oft zu Erhaltung oder Verbesserung „seines Wohlstandes bedarf,“ über den, dieses Interesse gefährdenden Privatwillen. Wie gefährdet aber eben dasselbe Interesse dann sein würde, wenn dem Vermiether durch einen, jede Verpfändung seines Grundstücks ausschließenden Vertrag mit dem Abmiether die Benutzung seines Credits schlechthin abgeschnitten wäre, ist für sich klar. Zwar trifft in dem jetzt in Frage befangenen Falle die für jene Bestimmungen sprechende Erwägung, daß der Gläubiger durch die ausgesprochene Beschränkung der Wirksamkeit des Vertrags in seinem wahren Interesse unbenachtheiligt bleibe (s. die Motiven a. a. O.), nicht ebenmäßig zu. Allein wenn auch der Abmiether an dem Unterbleiben jeder ferneren Hypothekenbestellung ein reelles Interesse haben kann, so folgt daraus noch keineswegs die Nothwendigkeit, diesem Interesse den Schutz des Grund- und Hypotheken-Buchs zu verleihen. Auch der chirographarische Gläubiger kann wesentlich dabei interessirt sein, daß der Schuldner die freie Verfügung über das Grundstück nicht ausübe, deren er sich zu seinen Gunsten, vielleicht unter Umständen begeben hat, welche eine hypothekarische und überhaupt jede andere Sicherstellung im eigenen Interesse des Schuldners unthunlich machten. Gleichwohl spricht die Bekanntmachung vom 29. September 1846 ihm das Recht auf Eintragung der zugesicherten Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypotheken-Buch ab. Bei der Bedeutung, welche diese authentische Auslegung nach §. 252. des Gesetzes hat, ist es um so beachtenswerther, daß hier der Ausdruck „chirographarische „Forderung“ im Gegensatze einer zu dem Anspruche auf Eintragung in das Grund- und Hypotheken-Buch berechtigenden Forderung, mithin gleichbedeutend mit „persönlicher Forderung“ gebraucht zu sein scheint. Der Abmiether hat ebenfalls einen blos persönlichen, zu jener Eintragung nicht geeigneten Anspruch auf Vertragserfüllung, und es liegt in der Bestimmung des Grund- und Hypotheken-Buchs kein Anlaß, diesen mit den

Eigenthums- und Hypotheken-Verhältnissen an sich nicht zusammenhängenden Anspruch in das Grund- und Hypotheken-Buch aufnehmen zu lassen. Eher dürfte der Zweck dieses Buchs und der dadurch bedingte formale Charakter des Gesetzes es rechtfertigen, wenn man darin, daß §. 16. sub 7. die Eintragung einer Dispositionsbeschränkung lediglich in Betreff der Veräußerung des Grundstücks gestattet, die Nichtzulassung des Eintrags einer die Verpfändung verbietenden Dispositionsbeschränkung erblickt.

Nekrolog Emil Cuno's.

Geboren am 7. Decbr. 1805 in Colditz, Sohn des dasigen Justizamtmanns Friedrich Cuno, erhielt Emil C. nach sorgfältiger — unter anderem in dem Institute Dinters zu Görnitz geleiteter — Erziehung in den Jahren 1818—1823 seine Gymnasialbildung in St. Afra. 1823 bezog er die Universität Leipzig, wo er sich dem Rechtsstudium widmete. 1826 wurde er nach dessen Beendung durch den Acceß bei den Justizämtern Dresden und Großenhayn in die Praxis eingeführt. 1828, nach Approbation seiner Advocatenprobeschriften, fand er richterliche Beschäftigung als Stadtschreiber zu Schönheide, woneben er die juristische Praxis ausübte. 1831 übernahm er das Stadtrichteramt zu Eibenstock. 1833 trat er, nach Abgabe der städtischen Gerichtsbarkeit an den Staat, als erster Actuar in das dort neuerrichtete Landgericht. 1836 von dem zwölften städtischen Wahlbezirke als Abgeordneter in die zweite Ständekammer erwählt, fiel auf ihn die Wahl dieser Kammer zu ihrem stellvertretenden Secretaire. 1838 wurde ihm Beförderung in den höheren Staatsdienst durch Ernennung zum Assessor des Appellationsgerichts zu Zwickau. 1840 erhielt er die Stelle eines Kreisamtmannes zu Freiberg übertragen. 1843 kehrte er als Rath in das Appellationsgericht zu Zwickau zurück, wo er bis 1857, beziehentlich als Vorstand des Criminalsenats mit der Unterbrechung thätig war, die seine im Jahre 1849 erfolgte Wahl in die zweite Kammer der Ständeversammlung, zu deren Präsidenten er aus den von ihr gewählten Candidaten von Sr. Majestät dem Könige ernannt wurde, nothwendig machte. 1857 ward er als Oberappellationsrath nach Dresden versetzt, und mit dem Ritterkreuze des Verdienstordens ausgezeichnet. In den Monaten October 1857 bis Januar 1858 fungirte er als Director der bei dem Appellationsgerichte Leipzig zu Erledigung der bei diesem nach den Grundsätzen des alten Verfahrens anhängigen Criminalsachen niedergesetzten Commission. Bis zum Frühjahre 1859 widmete er dem

Criminalsenate des Oberappellationsgerichts seine Thätigkeit. Am 26. April dieses Jahres zeigten sich die ersten bedrohlichen Symptome der Krankheit, die am 23. August zu Wermsdorf, wohin er sich am 28. Juli zu Besserung seines Zustandes begeben, in dem 54. Altersjahre sein Leben endete. Am 26. August fand er auf dasigem Kirchhofe die letzte Ruhestätte.

Ueber den Verlust, den durch sein frühes Dahinscheiden das Vaterland im Allgemeinen, wie das Oberappellationsgericht insbesondere erlitten, hat sich dessen Präsident, Herr Dr. von Langenn, Exc., — wie die Redaction in den Annalen mitzutheilen von Letzterem beauftragt ist, — in folgenden, die bündigste und treffendste Characteristik enthaltenden Worten ausgesprochen:

„Oberappellationsrath Cuno war ein seiner Pflicht unab„lässig getreuer Mann; allein diese Treue war nicht blos das „Befolgen einer ihm gegebenen Norm, sondern es war ein „individuelles, d. h. ein solches, welches seine Persönlichkeit „verlangte und bei welchem er seine Heiterkeit, sein Wohl„befinden fand. Es hat wohl keinen Dicasterianten gegeben, „welcher seinem Beruf sich ernstlicher gewidmet hätte und der „dabei heiterern Geistes gewesen wäre. Heiterkeit ist aber sehr „oft die Helferin der Tüchtigkeit, da sie zur Beherrschung der „Dinge, zur klaren Auffassung führt und das Leben nicht zu „schwer nimmt, wohl aber den Beruf und das Gewissen als „die Stützen des geistigen Lebens anerkennt. Nie war unser „College verdrossen zu einer Arbeit, nie verstimmt, wenn er mit „seiner Meinung unterlag; frisch und fröhlich begann er sein „Tagewerk, zufrieden konnte er es gewiß stets enden.

„Seine Arbeitskraft war eine ungewöhnlich nachhaltige, „die Erforschung des Thatsächlichen der ihm vorliegenden Sachen „eine unablässige, der Nerv seines Fleißes immer ein gespannter, „seine Urtheilskraft eine das Wesen der juristischen Größen „auseinanderlegende, zusammenfassende, vergleichende.

„Er war daher ein allen Mitgliedern des Oberappellations„gerichts werther und theurer Mitarbeiter, wie er es auch seinen „früheren Collegen gewesen war. Er ist dem Gerichtshofe „unvergeßlich, weil er ganz dem Geiste entsprach, den das „Oberappellationsgericht als einen guten und rechten anerkennt."

Präjudizien.

I. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

(Fortsetzung von Heft 2. S. 166.)

74.

Die Rechte einer moralischen Person können nur durch Autorisation Seiten des Staats erlangt werden.

II. Sen.=Erk. vom 19. Mai 1859. ad no. 94/105. beff. J.

Wie es schon gemeinrechtlich keinem Zweifel unterliegt, daß die Rechte einer moralischen Person und die dadurch bedingte Eigenschaft einer organischen Vertretung durch Vorsteher ausschließlich an Confirmation der Gesellschaft als solcher, sowie der Gesellschaftsstatuten Seiten des Staatsoberhauptes, und beziehentlich der dessen Stelle vertretenden competenten oberen Regierungsbehörde, gebunden sei,

Glück, Erl. der Pand. Th. 1. §. 88. S. 493.

so hat man auch in Sachsen bei Vereinen jeder Art, selbst bei solchen, welche milde Zwecke verfolgen, zum Behufe der Erlangung der Corporationsrechte, das Anerkenntniß ihrer Existenz durch die höhere Staatsbehörde nach der richtigeren Meinung von jeher für erforderlich angesehen,

Kori über milde Stiftungen in der Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. Th. 2. S. 303. insbes. not. I.

und seit dem Erscheinen des Gesetzes vom 22. November 1850 (G. u. V. Bl. S. 264. flg.) ist dieser Grundsatz insofern sogar

gesetzlich sanctionirt, als §. 18. vorschreibt, daß Vereine zu ihrer Bildung zwar einer Genehmigung nicht bedürfen, dieselben aber ohne Unterschied die Rechte einer Körperschaft erst durch ausdrückliche Ertheilung Seiten des Staates erlangen.

75.

Das rechtliche Verhältniß sogenannter Altgemeinden ist nach den Grundsätzen der societas zu beurtheilen, und genießen solche nur bei proceßrechtlichen Verhandlungen, wo sie durch Syndicen zu vertreten sind und die restitutio in integrum beanspruchen können, die Stellung einer universitas.

II. Sen.-Erk. vom 10. Mai 1859. ad no. 861/851. von 1858.

Der Satz wurde in diesem Erkenntnisse als Ansicht des OAG. ausgesprochen. — Wegen des zweiten Theiles ist zu vergleichen: Bekanntm. eines Rechtssatzes vom 23. Febr. 1850 im G. u. V. Bl. S. 196. no. 57.

76.

Wollen Vereine, welchen die Eigenschaft einer juristischen Person nicht beiwohnt, klagend auftreten, oder sollen solche verklagt werden, so bedarf es in beiderlei Hinsicht zu schlüssiger Begründung der Klage der Namhaftmachung der einzelnen Mitglieder.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1859. ad no. 94/105 bess. J.

Will ein Verein, welchem die Qualität einer juristischen Person abgeht, im Prozesse klagend auftreten, so müssen, weil ein solcher lediglich als Privatgesellschaft sich darstellt und nach den Grundsätzen der Societät beurtheilt werden muß, nicht nur sämmtliche Mitglieder namhaft gemacht werden, sondern sie müssen auch insgesammt persönlich als Parthei auftreten, damit der Beklagte ebenso wie der Richter wissen kann, mit wem er es zu thun habe; nicht aber genügt es, wenn in der Klage gewisse namhaft gemachte Personen als Repräsentaten eines solchen Vereines sich geriren.

Ganz das gleiche gilt umgekehrt in dem Falle, wenn jemand gegen einen Verein, welchem die juristische Persönlichkeit fehlt, im Prozeßwege Rechte geltend machen will, indem alsdann ebenfalls alle einzelnen Mitglieder von dem Kläger zu benennen und prozessualisch als ebenso viele einzelne Litisconsorten zu behandeln sind.

77.

Garantirt der Verkäufer eines Pferdes für dessen Gesundheit, so kann der Käufer Rescission fordern, dafern jenes zu der Zeit des Verkaufs mit einer irgend erheblichern, wenn auch heilbaren Krankheit behaftet gewesen.

II. Sen.-Erk. vom 10. Mai 1859. ad no. 34/82. deff. J.

Wenn man auch zugeben kann, daß ein leichter katarrhalischer Husten, der sich laut des thierärztlichen Zeugnisses an dem einen der hier in Frage befangenen Pferde am dritten Tage nach Abschluß des Handels wahrnehmen lassen und sich jenem Zeugnisse nach von selbst, also ohne besonderes Zuthun und ohne thierärztliche Behandlung, verlieren soll, weder ein Fehler, noch eine eigentliche Krankheit genannt werden kann, so ist doch die an dem zweiten Pferde vorgefundene mit gutartiger Drüse complicirte und am Tage des abgeschlossenen Kaufs bereits vorhanden gewesene Maulentzündung um so gewisser als ein krankhafter Zustand anzusehen, da dieselbe nur für binnen einigen Wochen heilbar erklärt, auch in dem angezogenen Zeugnisse als *Krankheit* bezeichnet worden ist.

Nun hat Beklagter, nach Inhalt der Klage nicht nur für alle Fehler, die sich an den Pferden finden würden, haften zu wollen versichert, sondern er hat ausdrücklich erklärt, die Pferde seien *gesund* und fehlerfrei. Ist dies aber geschehen, was der Kläger zu beweisen hat, dann kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß mindestens das eine der beiden Pferde die vom Beklagten garantirte Eigenschaft nicht gehabt hat, daß es eben am Tage des Kaufsabschlusses *nicht gesund* gewesen ist.

78.

Garantirt der Verkäufer eines Pferdes für ein gewisses Alter desselben, so ist der Käufer auf Aufhebung des Handels, ungeachtet sonstiger Brauchbarkeit des Thieres, zu klagen befugt, wenn das garantirte Alter auch nur um ein Jahr überstiegen ist.

Dasselbe Erkenntniß.

Wenn Beklagter darauf hinweist, daß die dem Kläger verkauften Pferde, wenn auch jedes von ihnen um ein Jahr älter gewesen, als er dem Kläger angegeben, keineswegs minder werthvoll seien, indem einer Seits die Differenz von einem Jahre bei jedem Pferde an sich unwesentlich erscheine, anderer Seits sogar Pferde von fünf und beziehentlich sechs Jahren für brauchbarer gehalten werden müßten, als Pferde, die um je ein Jahr jünger seien, so kann doch hierauf allenthalben nichts ankommen, und jene Alterdifferenz nicht als irrelevant angesehen werden, da es recht wohl denkbar erscheint, daß der Käufer eines Pferdes auf dessen vier- und resp. fünfjähriges Alter einen besonderen Werth gelegt hat, und von einem Verkäufer die über bestimmte Vorzüge des verkauften Gegenstandes versprochene Gewähr geleistet werden muß. Treitschke, Kaufcontract §. 96. Seite 230.

Daß bei Angabe des Alters von Pferden in der Regel auf genaue Auskunft Seiten des Verkäufers nicht zu rechnen ist, liegt in der Natur der Sache, da es nach Art des durch Pferdehändler betriebenen Geschäfts auch dem Verkäufer selten möglich sein wird, die Zeit der Geburt eines Pferdes nach Tag und Monat zu constatiren. Allein da diese genaue Kenntniß in einzelnen Fällen recht wohl möglich ist, auch eine Garantie für ein gewisses Altersjahr doch immer nur so zu verstehen ist, daß ein als vierjährig bezeichnetes Pferd nicht schon das fünfte Jahr vollendet haben darf, während auf die etwa nur überschießenden Monate etwas nicht ankommen kann, so war auch die Gewährleistung für ein nach Jahren bestimmtes Alter der verkauften Pferde für zu allgemein nicht zu erkennen.

79.

Hat der Pachter die Pachtgegenstände einmal benutzt, so stellt sich der Einwand, daß Verpachter ihm das uti frui licere nicht vollständig gewährt habe, nur als s. g. exceptio non rite adimpleti contractus dar. — Beweislast. — Wirkung.

II. Sen.-Erk. vom 26. Mai 1859. ad no. 166/113. deff. J.

Haben Beklagte einräumen müssen, daß sie den größten Theil der erpachteten Localitäten, sowie die ihnen überlassene Wasserkraft wenigstens bis zum 19. December 1857 wirklich benutzt haben, so können sie offenbar nicht behaupten, daß die Kläger der Verpflichtung, den Abpachtern das uti frui licere rücksichtlich der Pachtobjecte zu gewähren, ganz nicht, sondern nur, daß sie derselben mangelhaft oder unvollständig genügt haben. Ihre Ausstellung gegen die Vertragserfüllung Seiten der Kläger kann also auch blos als sogenannte exceptio non rite adimpleti contractus aufgefaßt werden, welche nach der von dem OAG. befolgten Ansicht

(vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 16. S. 150. flg.)

als peremtorische Exception zu behandeln ist, deren Beweis mithin den Beklagten obliegt und namentlich in dem vorliegenden Falle um so gewisser obliegen muß, als sie zu deren Begründung verschiedene specielle Thatsachen, welche außerhalb des Klagvorbringens stehen, angeführt haben, rücksichtlich deren daher schon nach der allgemeinen Regel affirmanti incumbit probatio die Beweislast sie trifft. Beklagte haben nirgends die Absicht ausgesprochen auf Grund der angeblich contractswidrigen Handlungsweise der Kläger das ganze Vertragsverhältniß wieder aufzulösen, vielmehr aus derselben nur Schädenansprüche abgeleitet, welche sie auf den libellirten Pachtzins in Abrechnung bringen und zugleich dazu benutzen wollen, die Wirksamkeit der von den Klägern geltend gemachten cassatorischen Clausel zu beseitigen. Unzweifelhaft sind aber die Höhe des angeblichen Schadens sowohl, als der Causalnexus desselben zu den angeblichen Vertragswidrigkeiten der Kläger specielle, thatsächliche Momente, deren Beweis sie, nicht die Kläger, zu liefern haben. Die Behauptung, durch die unterlassene vertragsmäßige Herstellung des gehenden und treibenden Zeuges werde der

Zweck und Gegenstand des Vertrags, die Betreibung ihres Fabrikunternehmens, so wesentlich berührt, daß die Ueberlassung der Localitäten und der Wasserkraft gänzlich nutzlos sei, kann daher auch nicht für das Bestehen des Vertrags, sondern nur für die Höhe des dadurch erwachsenen Schadens von Einfluß sein, wodurch jedoch selbstverständlich nicht ausgeschlossen wird, daß ein so beträchtlicher, die Höhe des stipulirten Pachtzinses übersteigender Schade dargethan werden könne, daß dadurch gegen die Kläger derselbe Effect, wie mittelst der exceptio non adimpleti contractus, nämlich die Beseitigung des ganzen Anspruchs auf die geforderten Pachtgelder, herbeigeführt werde.

80.

Bei Verfolgung des Nachdruckes ist nicht der Gesichtspunct widerrechtlicher Benutzung fremden geistigen Eigenthums, sondern der des Eingriffs in ein fremdes Vermögensrecht der maßgebende.

II. Sen.-Erk. vom 24. Mai 1859. ad no. 850/869. von 1858.

Das Gesetz, den Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst betr., vom 22. Februar 1844 (Ges. u. Verordn. Bl. S. 27. flg.) findet, wie das OAG. schon mehrfach und unter anderem auch in der im

Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1855. S. 308. flg.

abgedruckten Entscheidung ausführlicher nachgewiesen hat, das Rechtswidrige des Nachdrucks nicht sowohl in der Annahme einer damit verbundenen widerrechtlichen Benutzung fremden geistigen Eigenthums, als vielmehr in dem Eingriffe in ein fremdes Vermögensrecht, dessen derjenige sich schuldig macht, welcher unbefugter Weise literarische Erzeugnisse und Werke der Kunst, welche ihrer Natur nach zum Gelderwerbe benutzt werden können und hierzu wirklich bestimmt sind, auf mechanischem Wege vervielfältigt. Dieses ergiebt sich, um es hier nur kürzlich anzudeuten, schon aus §. 1. des Gesetzes, wo einerseits das dem Urheber eines derartigen Erzeugnisses der Literatur oder Kunst, beziehentlich den Rechtsnachfolgern vindicirte, ausschließliche Recht einer mechanischen Reproduction als ein auf Andere übertragbares Vermögensrecht bezeichnet,

andererseits aber auch der Rechtsschutz nach Maaßgabe des Gesetzes wie gedacht an die Voraussetzung geknüpft wird, daß Originalprodukte der vorbezeichneten Art zum Gelderwerbe benutzbar und wirklich bestimmt sind, als welcher, wie a. a. O. ausdrücklich hinzugefügt wird, aus der gewöhnlichen Anwendung oder aus den besonderen Umständen erkennbar sein muß. Vor allem aber findet jeder allenfallsige Zweifel bezüglich der Richtigkeit obiger Auffassung seine Erledigung durch §. 16. des Gesetzes, welcher vorschreibt, daß eine Rechtsverfolgung aus dem Gesetze überhaupt nur insoweit statthaft sei, als anzunehmen sei, daß durch die unbefugte Vervielfältigung ein dem Berechtigten nach §. 1. zukommender, schon stattfindender oder möglicher Erwerb geschmälert werde.

81.

Sucht ein Ausländer, jedoch Unterthan eines Bundesstaats, gegen einen Sachsen Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst, so bildet der Einwand: daß in des Ersteren Vaterland in dem zur Klage gezogenen Verfahren des Letzteren eine Rechtsverletzung nach der jenseitigen Gesetzgebung nicht anerkannt werden würde, eine Einrede, die, wenn sie liquid und ihr nicht in der Klage durch ein geeignetes Vorbringen, beziehentlich im Verfahren durch eine liquide Replik begegnet ist, Abweisung der Klage zur Folge hat.

II. Sen.-Erk. vom 5. Mai 1859 ad no. 603/846 von 1858.

Dem im Bescheide ausgesprochenen Grundsatze, daß einem Ausländer in Sachsen nicht mehr Rechte zugebilligt werden können, als ihm in dem Staate, dessen Angehöriger er ist, zukommen, welcher an sich auch von der vorigen Instanz nicht bestritten worden, hat man für den vorliegenden Fall, in welchem es sich nicht um speciell in Sachsen oder unter dem Schutze der Sächsischen Gesetze erworbene Rechte handelt, beizupflichten gehabt. Derselbe findet seine ausreichende Rechtfertigung in der Erwägung, daß der Ausländer eine Beeinträchtigung in seinem Rechte durch einen

Sächsischen Staatsangehörigen erlitten zu haben mit Grund dann nicht behaupten kann, wenn nach den Gesetzen seines Landes ihm die vermeintlich beeinträchtigten Rechte gar nicht zustanden oder Rechtsschutz nicht zu erwarten hatten, und die behauptete Rechtsverletzung in weiter nichts besteht, als daß der Sächsische Staatsangehörige in Sachsen eine Handlung vorgenommen hat, welche er im betreffenden Auslande, gleich jedem anderen diesem angehörigen Individuum, erlaubterweise und ohne deshalb einem Anspruche ausgesetzt zu sein, vornehmen durfte.

Es kann auch im gegenwärtigen Falle nicht darauf ankommen, daß Kläger Angehöriger eines deutschen Bundesstaates ist. Denn nach §. 11. des Gesetzes vom 22. Februar 1844, den Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst betreffend, erscheint den Angehörigen anderer deutscher Bundesstaaten blos der Nachweis des gleichen Rechtsschutzes Sächsischer Staatsangehörigen in ihren Ländern, als Vorbedingung des Antrags auf Rechtsschutz in Sachsen, erlassen, offenbar aus dem Grunde, weil man die Parität oder Reciprocität voraussetzt. Dies schließt aber nicht aus, daß, wenn erwiesenermaaßen oder notorisch in einem anderen deutschen Bundesstaate der gleiche Rechtsschutz, wie er den Sächsischen Unterthanen durch das allegirte Gesetz vom 22. Februar 1844 gewährleistet worden, nicht, oder nur unter gewissen Modificationen oder besonderen Bedingungen stattfindet, der Eingangsgedachte Grundsatz, welcher übrigens in Bezug auf die Dauer des Rechtsschutzes auch ausdrücklich in §. 11. ausgesprochen zu finden, in Anwendung gelange.

Dies vorausgeschickt konnte allerdings, da Kläger dem Oesterreichischen Staate angehört, und auf eine der in §. 12. des Gesetzes vom 22. Februar 1844 enthaltenen Ausnahmebestimmungen sich zu beziehen nicht vermocht hat, Beklagtens Berufung auf das kaiserlich Oesterreichische Gesetz vom 19. October 1846 keineswegs, wie Kläger vermeint, außer Betracht gelassen werden, durch welches nach der von Beklagtem ausgehobenen §. 10. ausdrücklich bestimmt ist:

„daß der Urheber eines vollendeten Kunstwerkes oder dessen Rechtsnachfolger sich bei Veröffentlichung desselben das Recht

zu dessen Vervielfältigung ausdrücklich vorbehalten und diesen Vorbehalt innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren nach Ablauf des Erscheinungsjahres in Ausführung bringen müsse, widrigenfalls jede Nachbildung des Kunstwerks unbeschränkt erlaubt sei".

Das Bestehen dieser gesetzlichen Vorschrift — übrigens eine notorische Thatsache — ist von Klägerm eingeräumt worden; die hierauf gegründete Einrede des Beklagten, daß Kläger, um ihm in Betreff der in der Klage bezeichneten Original-Aquarellzeichnung eine unerlaubte Nachbildung beimessen zu können — also zu Begründung der erhobenen Klage — sich auf den im gedachten Gesetze zur Bedingung gemachten Vorbehalt und dessen tempestive Ausführung zu beziehen gehabt habe, stellt sich daher als liquid und somit als exceptio litis ingressum impediens dar.

Nach den Proceßregeln und der vom OAG. befolgten Rechtsmeinung hatte Kläger dieser Einrede entweder mittels einer der Klage inserirten Replik zu begegnen oder dieselbe durch eine ebenfalls sofort liquide Replik zu beseitigen, wenn die Klage der Abweisung in der angebrachten Maaße entgehen sollte.

(Zu vergl. v. Langenn und Kori, Erörterungen 2c. Bd. II. S. 279. flg.)

82.

Ueber das Gewicht der Gutachten des Sachverständigen-Vereins in Nachdruckssachen.

II. Sen.-Erk. vom 24. Mai 1859. ad no. 850/869. von 1858.

Ist, wenn von Seiten eines Berechtigten der gesetzliche Schutz gegen unbefugte Eingriffe eines Dritten in Anspruch genommen wird, schon die Entscheidung darüber, ob in einem einzelnen gegebenen Falle die Vervielfaltigung eines Werkes der Literatur oder Kunst überhaupt als Nachdruck, beziehentlich Nachbildung im Sinne des §. 1. anzusehen sei, nicht selten für den Richter um deswillen mit Schwierigkeiten verbunden, weil solche in jedem einzelnen Falle von der Vorfrage abhängt, ob und inwiefern eine gewisse Nachbildung eine rein mechanische Reproduction enthalte, oder aber im Gegentheil, sei es nun in der Idee oder in der Ausführung,

Anspruch auf Originalität zu machen habe — eine Frage, welche, wie von selbst einleuchtet, sehr häufig ohne eine bestimmte Fachkenntniß nicht füglich beantwortet werden kann — so bieten offenbar für die richterliche Entscheidung noch größere Schwierigkeiten dann sich dar, wenn es nach der anderen Seite hin um die Beantwortung der Frage sich handelt, ob und inwieweit die unberechtigte Nachahmung des Dritten im concreten Falle eine Erwerbsschmälerung zum Nachtheile des Berechtigten zur Folge gehabt habe? Denn bei Beantwortung dieser Frage, welche in vielen, ja in den meisten Fällen in das Gebiet des Buch- und beziehentlich Kunsthandels übergreift, kommt es ganz wesentlich auf geschäftliche und merkantile Erfahrungen an, und je weniger die Kenntniß solcher bei dem Richter ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann, um so mehr hat man es als einen besonderen Vorzug des Gesetzes anzuerkennen, wenn in §. 18. der Richter, ingleichen in den Fällen, wo es um eine nur provisorische Beschlagnahme sich handelt, die Verwaltungsbehörden, angewiesen worden sind, über die vorstehende, ebensowie über die präjudicielle Frage, ob eine nur mechanische Vervielfältigung überhaupt vorliege, nöthigen Falls, d. h. wenn sie es zu ihrer eigenen Instruction für nöthig finden, ein schriftliches Gutachten des Vereins der Sachverständigen zu erfordern, über dessen nach Maaßgabe der Verschiedenheit der Fälle verschiedene Zusammensetzung die Ausführungsverordnung zu dem Gesetze, Abschnitt V. (S. 35. fg.), specielle Bestimmungen enthält.

Hieraus ist nun keineswegs die Folgerung abzuleiten, als ob der Richter ein solches Gutachten in allen Fällen einzuholen gehalten, und wenn dieses geschehen, ohne eigene freie Erwägung unbedingt an dasselbe gebunden sei. Im Gegentheile soll, wie es in §. 7. des angezogenen Abschnittes der Ausführungsverordnung heißt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden, inwiefern der Richter bei seiner Entscheidung das sachverständige Gutachten zu berücksichtigen habe. Allein andererseits darf auch der Richter, wenn und soweit wirklich Zweifel in der Sache vorhanden sind, die eine Auslassung Sachverständiger räthlich machen, die Gelegenheit solche einzuholen nicht verabsäumen, und ebensowenig wird er ein derartiges Gutachten, dafern es nur sonst bestimmt und in

ausreichend motivirter Weise vorliegt, bei seiner Entscheidung ignoriren können, wenn er nicht, was sonst leicht möglicher Weise geschehen könnte, und was eben das Gesetz zu verhüten beabsichtigt, mit den Erfahrungen des geschäftlichen Lebens und den Ansichten und Gewohnheiten der Geschäftsleute in Widerspruch treten will.

Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige im Archiv für civ. Praxis Th. 2. no. X. S. 140.

Hiernach hätte, soviel den vorliegenden Fall betrifft, schon der Prozeßrichter die Gelegenheit nicht verabsäumen sollen, bevor er zu Entscheidung der Sache verschritt, die Ansicht des ihm beigeordneten Sachverständigen-Vereines einzuholen. In dessen Unterbleibung aber war, wie auf den Einwand der Appellanten zu entgegnen ist, die zweite Instanz (AG. Leipzig) das Fehlende nachzuholen um so gewisser nicht behindert, je weniger sich bestreiten läßt, daß das Gehör von Sachverständigen da, wo deren Ausspruch dazu dienen soll, die dem Richter abgehende Fachkenntniß zu ergänzen, wo dieselbe daher lediglich als Gehülfen des Richters sich darstellen, weder an den Antrag einer Parthei noch an eine besondere Frist gebunden ist,

Mittermaier a. a. O. S. 133. f.

Gönner, Handbuch d. D. gem. Processes Bd. 2. no. 45. S. 430. fg.

Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilproceß S. 364.

mithin, da jeder Richter, ob und inwieweit er die Einholung eines sachverständigen Ausspruches zu seiner Instruction bedarf, selbst ermessen muß, eine diesfallsige Unterlassung Seiten des Richters niederer Instanz, den höheren Richter nicht binden kann: eine Ansicht, für welche insonderheit auch in der sächsischen Gesetzgebung ganz unverwerfliche Analogien sich geltend machen lassen.

Erl. Proz. Ordn. ad Tit. 28. §. 1.

Verordnung vom 28. März 1835. §. 13. no. 2. (G. u. V. Bl. S. 216.)

Wenn nun die vorige Instanz auf Grund des zu den Acten gelangten Gutachtens zu dem Ausspruche, daß das Suchen der Kläger in der angebrachten Maaße nicht statt habe, gelangt ist, so hat man dieser Entscheidung in der jetzigen Instanz beizutreten kein Bedenken gefunden.

83.

Die Stipulation eines „freien Wegs" läßt nicht ohne Weiteres auf die Bestellung einer servitus viae schließen.

II. Sen.-Erk. vom 6. Mai 1859. ad no. 838/849. von 1858.

Der Ansicht des Klägers, daß der in den der Klage beigefügten Kaufsurkunden wiederholt gebrauchte Ausdruck „freier Weg" schon an sich auf eine Fahrwegsgerechtigkeit hinweise, theils weil er dem römischen Ausdruck „via" entspreche, theils weil auch nach dem deutschen Sprachgebrauche das Wort „Weg", wo es schlechthin, nicht in Zusammensetzungen wie „Fußweg", gebraucht werde, das Fahren mit Wagen einschließe, kann nicht beigepflichtet werden.

Via ist, wenigstens nach der Ansicht des römischen Sprachforschers Varro, schon seinem Ursprunge nach Fahrweg,

Varro, de re rustica I. 2. — a quo rustici nunc quoque viam veham appellant, propter vecturas,

Varro, de lingua latina, ed. Müller V. 35. ut qua agebant actus, sic qua vehebant, viae dictae,

und wird in diesem Sinne auch von den juristischen Schriftstellern zumeist gebraucht, wenn es zu Bezeichnung einer gewissen Art von Servitut dienen soll;

Dirksen, Man. s. v. via §. 2.

obschon es auch hier theils in einer allgemeinen Bedeutung, theils in metaphorischem Sinne benutzt wird,

Dirksen, a. a. O. §. 1. 3. 4. 5.

Forcellini, lexicon tot. lat. s. v. via,

wie denn neuere Etymologen, z. B. Döderlein (III, 4. und IV, 63. f.) den Ursprung des Wortes von ire mit Hülfe des sogenannten digamma aeolicum ableiten.

Insbesondere läßt sich auch nicht etwa, wie Pomponius

L. 13. D. de servit. (VIII, 1.)

aus der schmalen Beschaffenheit eines als via constituirten Communicationsrechts über fremden Grund und Boden eine Restriction der Berechtigung auf iter oder actus herleitet, umgekehrt, aus der für den Verkehr mit Wagen geeigneten Breite eines Wegs ohne Weiteres ein Schluß auf dessen Qualification als via im engeren

Sinne ziehen, weil zweifelhafte Ausdrücke in der Regel und namentlich wo es sich um Belastung von Grundstücken mit Servituten handelt, restrictiv, nicht extensiv zu erklären sind.

L. 9. L. 34. Dig. de reg. jur. (L. 17.)

Weniger noch, als dies nach dem Ausdruck „via" der Fall sein würde, ist das deutsche „Weg" geeignet, die Annahme einer Fahrwegsgerechtigkeit zu rechtfertigen.

„Weg" bezeichnet die Richtung, die man verfolgt oder verfolgen muß, um von einem Orte zum andern zu gelangen, und ist die allgemeinste Bezeichnung für jeden zu derartiger Communication bestimmten Theil der Erdoberfläche, ohne daß man ihm eine technische Bedeutung wie dem lateinischen via vindiciren kann.

Man überzeugt sich hiervon am leichtesten, wenn man zwischen dem deutschen und dem lateinischen Sprachgebrauche eine specielle Vergleichung anstellt, und die mannigfachen Benutzungen des Wortes „Weg" und dessen Wiedergabe durch lateinische Worte verfolgt, hierbei aber zwar oft das Wort „via" in seiner allgemeinen, nicht aber in seiner technischen Bedeutung vorfindet.

Auch die Zusammensetzung „freier Weg" ist den Ansichten des Klägers nicht förderlich, indem das „frei" wie in der Verbindung frei, öffentlich und ungehindert = nec vi, nec clam, nec precario den Gegensatz von precario, und „freier Weg" das bezeichnet, was nach einem auf dem Lande häufig vorkommenden Idiotismus ein „Gerechtigkeitsweg" genannt wird.

84.

Ein schriftliches Testament kann auch von einem des Lesens und Schreibens unkundigen Testator verschlossen bei Gericht hinterlegt werden.

II. Sen.-Erk. vom 17. Mai 1859 ad no. 36/86. deff. J.

Das OAG. hat schon seit längerer Zeit die Ansicht festgehalten, daß ein schriftliches, gerichtlich übergebenes Testament eines Erblassers, der Geschriebenes nicht lesen könne, für gültig und seinem Inhalte nach als dessen wahrer Willensmeinung entsprechend zu betrachten sei, wenn gleich das Testament bei der gerichtlichen Uebergabe demselben nicht vorgelesen worden, so lange nicht von demjenigen,

der solches bestreitet, nachgewiesen ist, daß in Folge einer vorausgegangenen, von Seiten einer dritten Person bewirkten Täuschung der Testirer bei der gerichtlichen Uebergabe die überreichte Schrift gegen seine Absicht für den Ausdruck seines letzten Willens erklärt habe, und hat man auch gegenwärtig keine andere Ansicht fassen können.

Man ist hierbei hauptsächlich davon ausgegangen,

1) daß eine gesetzliche Vorschrift, welche in dem beregten Falle das Vorlesen des Testaments als Solennität erfordert, nicht vorhanden ist, im Gegentheil

2) aus verschiedenen Bestimmungen des römischen, deutschen und vaterländischen Rechts hervorgeht, wie die Präsumtion dafür streite, daß jeder als dispositionsfähiger und vernünftiger Mensch sich darstellende Testator mit Ueberlegung handeln und sich in den Stand gesetzt haben werde, mit voller Ueberzeugung die Erklärung abzugeben, daß die von ihm überreichte Schrift, von deren Inhalte er sich durch das Vorlesen Seiten einer andern ihm vertrauten Person Kenntniß verschaffen konnte, seinen letzten Willen enthalte.

Zunächst weist nämlich die von Theodosius und Valentinian ausgegangene l. 21. C. de testam. (VI. 23.) darauf hin, daß der Zweck der für die Testamentserrichtung vorgeschriebenen Formen nicht dahin gehe, den Inhalt einer Testamentsurkunde zu veröffentlichen und zu beglaubigen. Es wird darin ausdrücklich erwähnt, daß darauf, ob die Zeugen Kenntniß von dem Inhalte der Testamentsurkunde haben oder nicht, etwas nicht ankommen soll; daß die Urkunde als der Ausdruck des letzten Willens des Testators zu gelten habe, derselbe möge sie selbst geschrieben haben oder nicht und er möge sie offen oder verschlossen den Zeugen vorlegen, wenn er nur erklärt habe, daß das, was er vorgelegt, seinen letzten Willen enthalte.

Unmittelbar daran knüpft nun der Gesetzgeber in der angezogenen Stelle die Bestimmung, daß ganz dasselbe Rechtens sein solle, dafern ein Testator, dem die Schriftkenntniß abgehe oder der nicht unterzeichnen könne, einen achten Zeugen zugezogen habe, der für ihn unterzeichnete, ohne hierbei auszusprechen, daß dieser Unterzeichner irgend eine mehrere Kenntniß von dem Inhalte des

Testaments zu haben brauche, als jeder der übrigen gesetzlichen sieben Zeugen, was wieder damit im vollen Einklange steht, daß schon in dem Eingange des Gesetzes im Allgemeinen bemerkt war, daß sich die zu ertheilenden Vorschriften auf den Fall mit beziehen sollen, wenn der Testator Niemandem wissen lassen wolle, was in dem Testamente bestimmt sei.

Si nullum scire volunt ea, quae in eo (sc. testamento) scripta sunt.

Nun ordnete zwar Justinian in l. 29. C. de testam. an, daß jeder, der seinen letzten Willen schriftlich errichte, wenigstens den Namen des Erben eigenhändig schreiben solle, wenn er nicht überhaupt selbst die Urkunde unterzeichne, dafern er dies aber wegen Heftigkeit der ihn befallenen Krankheit oder wegen seiner Schriftunkunde nicht thun könne, er wenigstens den anwesenden Zeugen den Namen des eingesetzten Erben nennen möge; allein Justinian selbst hob dieses Gesetz in Nov. 119. cap. 9. wieder auf, indem er, ohne irgend einen Unterschied zwischen den Testatoren zu machen, welche diese Vorschrift wegen Schriftunkunde oder sonst nicht erfüllen **können**, und denen, welche ihren letzten Willen Niemand wissen lassen **wollen**, verordnete, daß die Testamente auch dann, wenn die nurgedachte Vorschrift nicht befolgt und nach der früheren Gewohnheit testirt worden sei, Geltung haben sollten.

Dadurch, daß in l. 8. C. qui testam. facere poss. (V. 22.) in Betreff der Blinden das Vorlesen des Testamentes als zur Gültigkeit desselben nothwendig angeordnet worden ist, wird der aus dem, was bisher vorgetragen worden, abzuleitende Rechtssatz,

> daß, wenn einmal der Testirer eine von fremder Hand geschriebene Urkunde für sein Testament wirklich ausgebe, bei dieser Erklärung auch Beruhigung zu fassen sei,

keineswegs geschwächt, denn die specielle Vorschrift in Betreff der Blinden stellt sich durchaus als eine Ausnahme dar, welche im Uebrigen die Regel bestätigt, was sich auch aus der Art und Weise ergiebt, wie Justinian in §. 4. Inst. quib. non est permiss. facere testam. (II. 12.) auf jene gesetzliche Bestimmung sich bezieht.

Wäre es die Absicht dieses Gesetzgebers gewesen, die Schriftunkundigen rücksichtlich der Testamentserrichtung den Blinden gleichzustellen, so wäre jedenfalls hier der Ort gewesen, dies zu thun.

Er hat dies aber nicht gethan, im Gegentheil, wie sich aus der bereits erwähnten Nov. 119. cap. 9. ergiebt, die Schriftunkundigen mit den der Schrift kundigen Personen gleichgestellt.

Daß aber auch die Lage der Schriftunkundigen bei Errichtung eines Testamentes eine ganz andere ist, als die der Blinden, und daß die für die Letzteren geltenden Vorschriften nicht füglich analog auf jene angewendet werden können, hat bereits die erste Instanz genügend nachgewiesen, und kann man sich der Wiederholung dieser Gründe enthalten.

Soviel nun die deutsche positive Gesetzgebung betrifft, so enthält das Hauptgesetz, die Notariatsordnung Maximilians I. Tit. von Testamenten §. 7. eine fast wörtliche Uebersetzung der vorerwähnten l. 21. C. de testam., und wird daher darin nur vorgeschrieben, daß bei Errichtung schriftlicher Testamente Seiten eines Analphabeten es lediglich der Zuziehung eines achten Zeugen zu Bewirkung der Unterschrift für den des Schreibens unkundigen Testator bedürfe, und alsdann, wenn diese sowohl als die Unterschrift und Besiegelung von Seiten der übrigen Zeugen erfolgt sei, die Erklärung des Testators, daß in der überreichten Urkunde sein letzter Wille enthalten sei, vollkommen genüge, um seinem Testamente volle Geltung zu verschaffen.

Aus der sächsischen Gesetzgebung ist lediglich Const. Elect. 3. P. III. zu erwähnen, worin bestimmt wird,

> daß, wenn einer ein Testament daheim schreibt, oder schreiben läßt und legt es hinter das Gericht, es kräftig sei, wenngleich keine Zeugen dabei gewesen.

Nun betrifft zwar dieses Gesetz nur die jetzt meist üblichen gerichtlichen Testamente, deren auch in dem vorliegenden Falle eines vorliegt; allein es steht nichts entgegen, nunmehr für alle Arten der letztwilligen Verfügungen anzunehmen, daß in der von dem Testator abgegebenen Erklärung, in der überreichten Urkunde sei sein letzter Wille enthalten, allein das Wesen der Testamentserrichtung zu finden sei. Es kann dies um so weniger einem Zweifel unterliegen, als mit der Uebergabe des Testaments an das Gericht keine Bestätigung des Inhalts desselben gewonnen werden soll, sondern nur eine von dem Gericht zu bewirkende Beglaubigung

darüber, daß und welche Urkunde der Testator für sein Testament ausgegeben habe, in welcher Beziehung also die gerichtliche Uebergabe lediglich an die Stelle der bei Privattestamenten erforderlichen sieben Zeugen und beziehentlich auch des achten getreten ist.

Unter diesen Umständen muß daher diejenige Urkunde, welche ein des Lesens und Schreibens unkundiger Testator bei Gericht mit der Erklärung, daß darin sein letzter Wille enthalten sei, übergeben hat, auch wenn ihm der Inhalt derselben bei dieser Gelegenheit nicht vorgelesen worden ist, so lange als dessen wahre Willensmeinung gelten, als nicht von demjenigen, der dies behauptet, nachgewiesen worden ist, daß der Testator in Folge einer vorausgegangenen von Seiten einer dritten Person bewirkten Täuschung bei der gerichtlichen Uebergabe der Schrift diese gegen seine Absicht für den Ausdruck seines letzten Willens erklärt habe.

85.

Da ein Testament durch die Errichtung eines zweiten nur dann rumpirt wird, wenn letzteres ein zu Recht beständiges ist, so bildet gegen die lediglich auf die Ungültigkeit dieses zweiten fundirte hereditatis petitio qualificata des Intestaterben wider den in beiden eingesetzten Testamentserben das urkundlich liquide Vorbringen, daß Beklagter in dem Fall der Ungültigkeit des zweiten, Erbe aus dem ersten sein würde, eine exceptio litis ingressum impediens.

Dasselbe Erkenntniß.

Es lassen die Quellen

§. 2. 7. J. quib. modis test. infirm. (II. 17.)

darüber keinen Zweifel, daß ein älteres Testament nur dann durch ein neueres aufgehoben — rumpirt — werde, wenn das neuere ein zu Recht beständiges Testament ist, und daß nicht jede Erklärung eines Testators, wie er beabsichtige ein Testament zu errichten, ein bereits früher errichtetes zu vernichten geeignet ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein neues und gültiges Testament zu Stande kommt oder nicht. Es ist daher völlig begründet, wenn in der vorigen Instanz ausgesprochen worden ist, daß für den Fall, daß das von

den Klägern in der Klage angegriffene Testament für ungültig zu erkennen wäre, das nach Bl. — am 6. Juli 1831 vor dem Stadtrathe zu F. errichtete Testament derselben Erblasserin für noch zu Recht bestehend angesehen werden müßte, Inhalts dessen die Beklagte ebenfalls als Erbin eingesetzt worden ist, während auch nach diesem Testamente an die Kläger weder als Miterben noch als Legatarien noch aus einem sonstigen Rechtsgrunde von dem Nachlasse der verwittw. K. irgend Etwas gelangen soll.

Nun haben sich zwar die Kläger bemüht, nachzuweisen, daß das ebengedachte ältere Testament kein legäler letzter Wille genannt werden könne. Allein ꝛc. ꝛc.

Es liegt daher hier ein vollkommen legal errichtetes, an Gerichtsstelle mündlich zu Protokoll gegebenes Testament vor, welches nur dadurch seine Geltung verloren hat, daß die Erblasserin am 20. September 1855 ein anderes Testament errichtet und darin das frühere wieder aufgehoben und für ungültig erklärt hat. Es würde aber diese Wirkung nicht eingetreten sein, wenn das neuere Testament als ein ungültiges anzusehen gewesen wäre.

II. Civilproceß.

(Fortsetzung von Heft 2. S. 192.)

44.

Einwendungen gegen die Klage müssen, um als Ausflüchte Beachtung zu finden, eine schlüssige Darlegung des Thatsächlichen, wie des Zweckes enthalten?

II. Sen.-Erk. vom 5. Mai 1859. ad no. 29/75. deff. J.

Mit Unrecht beschwert sich der Beklagte darüber, daß die von ihm aufgestellten Einwendungen gegen den klagbar gemachten Anspruch nicht zum Beweise ausgesetzt worden sind. Wenn man ihm auch zugeben kann, daß an die Substantiirung eines Ausfluchtsvorbringens

nicht die strengen Anforderungen zu stellen sind, wie sie für die Begründung einer Klage gestellt werden müssen, daß vielmehr das erstere annoch gar wohl im Beweise in thatsächlicher Hinsicht ergänzt werden mag, so steht doch soviel fest, daß eine Ausflucht, wenn sie beachtet werden soll, so deutlich und vollständig vorgebracht sein muß, daß die Schlüssigkeit sowohl als die rechtliche Zulässigkeit der Einwendung beurtheilt werden kann, auch dem Gegentheil die Möglichkeit gewährt wird, sich den Einfluß der Einwendung auf seinen geklagten Anspruch klar machen und eine bestimmte Erklärung darüber abgeben zu können. Das kann aber nicht geschehen, wenn ein Beklagter den Zweck seiner Einwendung gar nicht ausspricht, wenn er, wie hier geschehen, nur der angeblich fehlerhaften Beschaffenheit gewisser von dem Kläger erkaufter und nach erfolgter Lieferung vom Beklagten anstandslos übernommener Gegenstände und gelieferter Arbeiten gedenkt, dabei aber gänzlich im Dunkeln läßt, zu welchem Zwecke er dieß thut, ob er daraus das Recht auf Wiederaufhebung des Vertrags oder auf eine Preisminderung oder auf Zurückhaltung des Kaufpreises bis zu erfolgter Verbessrung oder Vervollständigung der vom Kläger gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten oder endlich das Recht auf Schadenersatz für die ihm aus der fehlerhaften Beschaffenheit der gelieferten Gegnstände erwachsenen Nachtheile ableiten will.

45.

Requisite der Induction einer in fremder Sprache ausgestellten Urkunde.

II. Sen.-Erk. vom 3. Mai 1859 ad no. 834/834. von 1858.

Die Beweisurkunde D. war als ein irrecognoscibles Document zu erachten.

Dasselbe ist im Verzeichniß der Beweismittel inducirt als:

„ein Zeugniß des Notar Charles Henry S. zu New-York mit einem Zeugniß des X.'schen Consuls daselbst".

Nun ergiebt aber der erste Anblick der mit dem Buchstaben D. bezeichneten Schrift, daß dieselbe in ausländischer Sprache abgefaßt ist. Es ist aber nach der klaren Bestimmung in der Erl. Proceß-

ordnung ad Tit. XXV. §. 3. der Producent des in fremder Sprache abgefaßten Beweis-Documents für verlustig zu achten, wenn er nicht sogleich bei den Beweis-Artikeln eine durch einen geschworenen Dolmetscher bewirkte Uebersetzung der Urkunde in die deutsche Sprache beigefügt hat. Seiten Beklagtens bedurfte es daher vor allen Dingen der gehörigen Induction einer Uebersetzung im Directorio der Beweismittel, und hat er dies unterlassen, so trifft ihn bei Beobachtung der processualischen Vorschrift, daß die Beweismittel vor allen Dingen innerhalb der Beweisfrist gehörig inducirt sein müssen,

Alte Proceßordnung Tit. XXIV. §. 1.

Erl. Proz. Ordnung ad Tit. XXIV. §. 3.

als Nachtheil der Verlust dieses Beweismittels.

Wollte man aber selbst hiervon absehen, so würde doch die Bl.— eingeheftete Schrift — eine von einem Dritten eidlich als richtig versicherte Uebersetzung in die deutsche Sprache — nicht als ein Document angesehen werden können, dessen Recognition dem Producten oblige, oder von dem Producenten mittelst Beziehung darauf geltend gemacht werden könnte. Denn als Uebersetzung würde diese Urkunde für den Beweis des Beklagten nur dann benutzt werden können, wenn sie von einem geschworenen Dolmetscher bewirkt worden wäre, das voraussetzt, daß der Dolmetscher bei dem Proceßgericht, welches sich über die Qualification des betreffenden Sachverständigen die erforderlichen Unterlagen zu verschaffen hat, in Pflicht steht oder doch unter dessen Concurrenz in Pflicht genommen worden ist. Nach dem dieser angeblichen Uebersetzung angefügten Attestat hat nun zwar der daselbst benannte L. die Richtigkeit der Uebersetzung eidlich erhärtet; es fehlt jedoch die Unterlage dafür: von wem die Uebersetzung bewirkt worden, oder doch, ob der genannte L. eine zu Ausführung dieser Uebersetzung taugliche Person gewesen ist.

Mithin selbst vorausgesetzt, daß eine Induction der Bl. — in deutscher Sprache befindlichen Niederschrift vorliege, würde derselben doch die Eigenschaft einer durch einen geschworenen Dolmetscher bewirkten Uebersetzung abgehen, folglich der Beklagte dieses Documentes verlustig gegangen sein.

46.

Bei der Wahl zwischen suppletorium und purgatorium ist der Umstand, daß ein Theil de veritate, der andere de credulitate zu schwören im Stande, nur mit Rücksicht auf die sonstigen Umstände für den Richter Entscheidungsnorm. — Zur Erläuterung der Vorschrift der Erl. P. O. ad Tit. XXX. §. 1.

II. Sen.-Erk. vom 12. Mai 1859 ad no. 848/852. von 1858.

Mit Recht ist die vorige Instanz (AG. Dresden) bei der Entscheidung darüber, ob der erforderliche Legaleid als suppletorium oder purgatorium zuzuerkennen sei, von der Ansicht ausgegangen, daß der von erster Instanz hierunter als entscheidend angesehene Umstand, daß Kläger diesen Eid wenigstens theilweise de veritate, Beklagter dagegen durchgängig nur de credulitate zu leisten vermöge, als alleiniges Kriterium nicht dienen könne, vielmehr nach Anleitung der Proceßordnung tit. 30. auf alle einschlagende Umstände, Anzeigungen und Vermuthungen und insbesondere darauf zu sehen sei, bei welchem Theile die beste Wissenschaft der Sache zu suchen und sonderlich die Wahrheit am Meisten zu vermuthen. Sind nun in der letzten Beziehung unstreitig nicht blos die für die Wahrhaftigkeit des juraturus sprechenden Gründe, sondern überhaupt alle Momente in Betracht zu ziehen, welche die Vermuthung objectiver Wahrheit des Vorbringens für die eine oder andere Parthei mehr oder weniger zu begründen geeignet sind, so hat man auch in gegenwärtiger Instanz der Ansicht der vorigen Urthelsverfasser beizutreten nicht umhin gekonnt. An sich ist, soviel den streitigen Vorfall am 1. November 1853 anlangt, welchen der erste Theil des erkannten Eides betrifft, offenbar Beklagter diejenige Parthei, welche, weil sie dabei zugegen gewesen ist, sich selbst aus den dabei einschlagenden Umständen eine sicherere Ueberzeugung über die zu beschwörende Thatsache zu bilden vermag, als der Kläger, welcher erst später durch Mittheilungen Dritter Kenntniß von dem seiner Autopsie fern gebliebenen Sachhergange erlangt hat, und man kann daher füglich annehmen, daß insoweit Beklagter bessere Wissenschaft der Sache trage, als Kläger. Anders verhält es sich nun zwar mit

der in dem zweiten Theile des Eides berührten Aeußerung Klägers gegen den Zeugen H., von welcher Beklagter aus eigener Wahrnehmung keinerlei Wissenschaft haben kann. Allein mit vollem Rechte ist geltend gemacht worden, daß, wenn man auf die Aussagen des ersten Beweiszeugen auch nur einiges Gewicht lege, die Zulassung des Klägers zu einem, denselben schnurstracks zuwiderlaufenden Eide bedenklich fallen müsse. Der auf Grund der Disposition der Erläuterten Proceßordnung ad tit. 30. §. 1. hiergegen erhobene Einwand ist ebenso unhaltbar, als die aus dem Ausspruche der vorigen Instanz gezogene Folgerung verfehlt. Was die angezogene gesetzliche Disposition rücksichtlich eines Legaleides in dem Falle, wenn die eine Parthei de veritate, die andere aber nur de credulitate zu schwören vermag, anordnet, ist nur eine exemplificatorische Erläuterung dessen, was in der älteren Proceßordnung über die beste Wissenschaft der Sache ausgesprochen wird, gehört mithin nur zu den allgemeinen Anweisungen, welche dem Richter zum Anhalte für die Ausmittelung des Theiles, bei welchem die Wahrheit am Meisten zu vermuthen, gegeben und seiner pflichtmäßigen, gewissenhaften Erwägung für jeden einzelnen Fall überlassen sind. Eine stricte, seinem Ermessen völlig entzogene Norm ist damit noch nicht vorgeschrieben; dies drückt die beigefügte Beschränkung: „ordentlich und wenn sich sonst kein Bedenken dabei ereignet,“ unzweideutig aus. Als ein erhebliches Bedenken gegen Klägers Zulassung zu dem Legaleide stellt sich aber unstreitig die Erwägung dar, daß er mit diesem Eide Thatsachen ablehnen würde, deren Wahrheit von dem ersten Beweiszeugen ganz speciell und bestimmt eidlich versichert worden ist, beziehentlich durch andere Umstände glaubhaft wird, und es steht ganz im Einklange mit der Tendenz und dem Geiste der gesetzlichen Dispositionen, wenn der Richter die Wahrheit auf der Seite vermuthet, für welche diese Momente sprechen.

47.

Ein Zeuge ist nicht ohne Weiteres deshalb ein unzulässiger, weil er wegen Eigenthumsvergehens wiederholt bestraft worden.

Dasselbe Erkenntniß.

Der Umstand, daß der Beweiszeuge H. wegen Eigenthumsvergehens bereits wiederholt Gefängnißstrafe erlitten hat, ist auch nach der Ansicht gegenwärtiger Instanz nicht geeignet, die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen so wesentlich zu beeinträchtigen, daß schon aus diesem formellen Grunde seine Aussage schlechterdings für unzulässig erachtet werden dürfte. Die von dem Zeugen durch seine Vergehungen bewiesene Nichtachtung fremden Eigenthums berechtigt zu dem von dem Producten aufgestellten Schlusse, daß demselben auch die Gefährdung der Rechte einer Parthei durch unwahre Aussage zuzutrauen sei, schon deshalb nicht, weil die widerrechtliche Willensrichtung, welche sich durch jene Vergehungen bethätigt hat, mit der Achtung der Heiligkeit des Eides keineswegs unvereinbar ist, mithin die Geltung der Zeugenaussage in ihrem hauptsächlichen Fundamente — der Voraussetzung der Glaubwürdigkeit, welche aus dem geleisteten Zeugeneide sich ergiebt, — nicht berührt, am Wenigsten in dem vorliegenden Falle, in welchem aus den in Frage befangenen Vergehungen eine entschieden verbrecherische Richtung oder eine gänzliche moralische Verdorbenheit des Zeugen nicht abzunehmen ist.

48.

Der Richter oder Actuar ist in Betreff vor ihm verhandelter Acte im Zweifel classischer Zeuge.*)

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1859 ad no. 830/865. von 1858.

Die Deduction der Kläger ist vornehmlich gegen die Glaubwürdigkeit des Gegenbeweiszeugen 3. gerichtet, gegen welche jedoch auch dem OAG. kein erheblicher Zweifel beigeht. Nach der

*) Der Protocollant war darüber als Zeuge denominirt, daß bei einer von ihm protocollirten Verhandlung außer den niedergeschriebenen, noch andere Beredungen der Partheien Statt gefunden.

3. Dec. vom Jahre 1661 soll „der Assertion oder dem Decreto", mithin selbst einem unbeeidigten Zeugnisse des Richters Glauben beigemessen werden, wenn dasselbe Sachen betrifft, „so vor ihm vorgelaufen oder verglichen worden"; diese Bestimmung ist zwar durch die späteren Vorschriften der Erl. Proz. Ordnung ad Tit. II. §. 6. über die Beweiskraft gerichtlicher Protocolle beschränkt worden. Allein auch nach diesen Vorschriften kann der gegen die Richtigkeit des Protocolles erhobene Einwand durch das Purgatorium des Protocollanten vollständig abgelehnt werden. In der Leistung eines solchen Purgatoriums liegt aber im Wesentlichen ein, nur in anderer Form abgelegtes Zeugniß über den Inhalt der Verhandlung, welche zu Protocoll gebracht werden sollte. Wenn daher die Gesetze diese eidliche Versicherung des Protocollführers allein für ausreichend ansehen, um das Protocoll von dem Verdachte einer Unrichtigkeit zu befreien, so liegt darin zugleich der Ausspruch, daß der Protocollführer in der Regel auch als ein vollgültiger Zeuge zu betrachten und dessen Glaubwürdigkeit deshalb allein nicht in Zweifel zu ziehen sei, weil gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Niederschrift ein Einwand erhoben worden ist.

Auch ist es richtig, daß den Zeugen 3., wenn er die von den Klägern angeblich gestellte Bedingung der Cession einer Forderung von 2500 Thlrn. c. a. an die verwittw. K. in der Registratur vom 16. December 1852 zu erwähnen unterlassen hätte, darum noch nicht der Vorwurf der Nachlässigkeit oder Pflichtwidrigkeit treffen müßte; denn eine Verpflichtung, alles und jedes, was bei einer gerichtlichen Verhandlung bis zum Abschluß einer definitiven Einigung oder Abgabe einer endgültigen Willenserklärung von den Betheiligten vorgebracht worden ist, in das Protocoll aufzunehmen, liegt dem Protocollanten nicht ob, und das Weglassen einer einzelnen, wenn auch vielleicht an sich wesentlichen Erklärung kann seinen Grund ganz füglich in der individuellen Auffassung und der Ansicht des Protocollanten über den Zweck und die rechtliche Bedeutung jener Erklärung haben. Diese Ansicht kann sich später als unrichtig darstellen, sie braucht aber noch keineswegs auf einer Pflichtvernachlässigung zu beruhen.

49.

Ein Zeuge hat als negans, nicht blos nesciens zu gelten, wenn er die Existenz einer Thatsache nicht wahrgenommen zu haben versichert, die, wäre sie vorgekommen, ihm nicht entgehen konnte.

II. Sen.-Erk. vom 17. Mai 1859 ad no. 7/85. deff. J.

Der Beweiszeuge hat zu Folge seiner Antworten ad artt. in den Jahren 1821 bis 1824 bei dem Besitzvorgänger des Klägers die Glaserprofession erlernt und während dieser Zeit bis zu seinem am 16. August 1824 erfolgten Weggange von G. in Klägers Hause gewohnt, auch während seiner Lehrzeit den Hof seines Lehrherrn kehren und reinigen müssen. Somit muß man annehmen, daß es ihm, wäre er auch in den dem Beklagten gehörigen Hof nicht gekommen, doch gar nicht hätte entgehen können, wenn damals das Wasser aus diesem Hofe in Klägers Hof offen abgeleitet gewesen und abgelaufen wäre. Mit Recht hat daher die vorige Instanz (AG. Leipzig) diesen Zeugen in seinen Antworten als testis negans, nicht blos als nesciens betrachtet.

50.

Entscheidungsgründe gehen in so weit in Rechtskraft über, als darin ein Einwand gegen die Schlüssigkeit der Klage ausdrücklich reprobirt ist, und Beklagter, obwohl diese aus einem anderen abgewiesen, gegen jene nicht remedirt hat.

II. Sen.-Erk. vom 3. Mai 1859 ad no. 787/836. von 1858.

Beklagte verlangt die Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße aus dem Grunde, weil das von dem Kläger ihr gegebene Darlehn nur zu Bezahlung der Schulden ihres Ehemannes habe verwendet werden sollen, darin aber eine illegale eheweibliche Expromission, eine verschleierte Bürgschaft, gefunden werden müsse.

Abgesehen nun aber von der materiellen Unrichtigkeit dieser Behauptung, so erledigt sich jeder Streit hierüber schon durch die Rechtskraft der Entscheidung zweiter Instanz in dem zwischen denselben Partheien desselben Gegenstandes halber geführten, aus den beigelegten Acten ersichtlichen Rechtsstreite.

Dort hatte die erste Instanz den Kläger eben aus dem vorgedachten Grunde in der angebrachten Maaße abgewiesen, allein die zweite Instanz hat diese Meinung ausdrücklich reprobirt und gegen diesen Ausspruch hat die Beklagte kein Rechtsmittel eingewendet, mithin steht rechtskräftig zwischen den Partheien fest, daß die vorgedachte Einwendung für begründet nicht anzusehen ist.

Darauf kommt hierbei nichts an, daß in dem damaligen zweitinstanzlichen Erkenntnisse gleichzeitig die erhobene Klage aus einem anderen Grunde abgewiesen worden ist, denn insoweit, als in einem Erkenntnisse die für die Abweisung einer Klage vorgebrachten Einwendungen widerlegt worden sind, werden die Entscheidungsgründe ebensogut rechtskräftig, wie diejenigen, welche zu einer Abweisung der Klage geführt haben, und es hätte daher Beklagte nothwendig gegen das zweite Erkenntniß in dem nur erwähnten Vorprocesse appelliren müssen, wenn sie gemeint gewesen wäre, ihre Ansicht in Betreff des Characters jenes Geschäfts, als einer illegalen eheweiblichen Intercession, weiter verfolgen zu wollen. Gegenwärtig aber ist dieser Streit durch die eingetretene Rechtskraft beendigt.

Vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 6. S. 201. flgg.

51.

Appellabilität in Folge der Richtung des Petiti auf „erweisliche Schäden". *)

II. Sen.-Erk. vom 20. Mai 1859 ad no. 664/817. von 1858.

Was zunächst die Zulässigkeit der wider das vorige Erkenntniß eingewendeten Berufung betrifft, so würde solche mit Rücksicht auf die Vorschrift in §. 18. des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 und beziehentlich in Verbindung mit §. 1b. und 8. des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838 an sich allerdings darum nicht anzunehmen sein, weil das in Frage befangene Streitobject überhaupt nur auf 70 Thlr. taxirt worden ist, beide bisherige Entscheidungen aber in Ansehung der Resultate der Beweisführung

*) Die Klage gieng auf Herausgabe einer auf 70 Thlr. gewürderten Quantität Flachs und Ersatz der durch deren widerrechtliche Vorenthaltung zugezogenen „erweislichen Schäden".

übereinstimmen. Allein Beklagter ist zugleich in die Vergütung der durch seine bisherige Weigerung entstandenen erweislichen Schäden verurtheilt; und das in dieser causa ardua in Anspruch genommene Recht auf Schadenersatz erscheint nicht von der Beschaffenheit, daß es zweifellos nur einen geringfügigen Gegenstand ausmachen könnte, stellt sich daher, wie vom OAG. auch bereits bei dem Interlocute fol. — ausgesprochen worden, dermalen als res incertae aestimationis dar. Man hat demgemäß die obigen Appellationen als unzulässig zurückzuweisen sich nicht veranlaßt gefunden.

52.

Der sogenannte Exmissionsproceß setzt Gewißheit eines städtischen **Mieth**verhältnisses voraus. — Dresdener Miethregulativ.

III. Sen.-Verordn. vom 2. April 1859 ad no. 67. deff. 3.

Der sogenannte Exmissionsproceß findet nur bei städtischen Miethquartieren statt, wenn die Existenz eines durch Kündigung oder durch Ablauf einer übereinkünftlich festgesetzten Contractszeit lösbaren Miethverhältnisses nicht bestritten ist. In diesem Falle ist durch das Bedürfniß einer beschleunigten Rechtshilfe einerseits und die unberechtigte Weigerung des Abmiethers das ermiethete Quartier beim regelmäßigen Umzugstermine zu räumen andererseits, eine Abweichung von dem gewöhnlichen Proceßgange gerechtfertigt.

Das Bl. — citirte ältere Miethregulativ für die Stadt Dresden §. VIII. kann für die Entscheidung der vorliegenden Differenz schon deshalb nicht maaßgebend sein, weil das erstere durch die Entwerfung und Publication eines neuen Regulativs außer Kraft gesetzt worden ist,

vergl. das Miethregulativ vom 1. Novbr. 1845 im Eingange,
Curtius, Civilrecht Th. IV. Abth. II. Nachtrag S. 203. fg. der 3. Aufl.

In §. 8. des neuen Miethregulativs sind processualische Vorschriften über die Vorbedingungen und die Formen des sogenannten Exmissionsprocesses nicht enthalten; es wird daselbst die Zulässigkeit eines summarischen Verfahrens gegen den säumigen Abmiether, aber auch

eine unbestrittene Verpflichtung und eine unberechtigte Weigerung vorausgesetzt.

Die den Impetranten hiernach jedenfalls obliegende Bescheinigung, daß wirklich ein Miethverhältniß zwischen ihnen, beziehentlich ihrer Erblasserin und dem Impetraten bestanden habe und bestehe, ist nicht geführt worden.

53.

Concurseröffnung setzt wirkliche Insufficienz der Activen zu Tilgung der Passiven voraus. Im Zweifelsfalle hat sich der Richter hierüber durch Taxation Sachverständiger die Unterlagen zu verschaffen.

III. Sen.=Verordn. vom 19. Febr. 1859 ad no. 16. deff. J.

Die Eröffnung des formellen Concurses zu dem Vermögen eines Schuldners hängt nicht von der Bestimmung der Gläubiger, noch von der Willkühr des Schuldners ab, sondern es wird dazu, nach Vorschrift der Erl. Proc. Ordn. ad Tit. XLI. §. 1. in Verbindung mit §§. 3. und 22. des geschärften Bankeroutier=Mandats vom 20. December 1766, außer der Concurrenz und nach Befinden dem Andrängen mehrerer Gläubiger auch noch erfordert, daß sich der Schuldner in Abfall der Nahrung befinde und sein Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht zureiche. Die Erörterung und Beschlußfassung hierüber gebührt dem zuständigen Richter, der auf Antrag der Gläubiger, aber auch unter Umständen von richterlichen Amtshalber einzuschreiten und zum Behufe der Feststellung des Vermögens und der Schulden den diesfalls vom Schuldner zu edirenden status activus et passivus zu prüfen hat. Bedarf es bei dieser Prüfung, z. B. zur Bestimmung des Werthes, welchen gewisse zum Activvermögen gehörige Gegenstände haben, oder des Umfanges und Zustandes eines gewerblichen Geschäftsbetriebes u. s. w., besonderer Fachkenntnisse, welche dem Richter als solchen nicht beiwohnen, so ist derselbe, wie in andern Fällen dieser Art, vollkommen berechtigt und darauf verwiesen, die erforderlichen Sachverständigen bei der Prüfung des Status von Amtswegen zuzuziehen. Im vorliegenden Falle besteht das Activvermögen des angeblich insolventen

Vereines in den Bl. — specificirten Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Inventarien und Kohlenfeldern, deren im Status angegebener Gesammtwerth die angezeigten Passiven bei Weitem übersteigt. Der Richter ist allerdings für seine Person nicht im Stande, die Richtigkeit und Angemessenheit dieser Werthsangaben mit Sicherheit zu beurtheilen; allein der Zweifel, welcher gegen dieselbe erhoben worden ist, und die Ansichten einzelner Gläubiger über die dennoch vorhandene Insufficienz des Vermögens konnte nach dem oben Bemerkten nur zu der von der vorigen Instanz (AG. Dresden) bereits angeordneten Zuziehung von Sachverständigen, aber nicht zur sofortigen Eröffnung des formellen Concurses führen, ohne die Frage, ob wirklich Insufficienz vorhanden sei, einer eingehenden Erörterung zu unterziehen. Die Säumniß des Vereines in der Lösung seiner Verbindlichkeiten, insbesondere der Bl. — hervorgehobene Umstand, daß die Zinsen der Prioritätsobligationen unberichtigt geblieben und die Capitale verfallen seien, mag es nebst andern Umständen rechtfertigen, daß dem Verein ein status passivus abverlangt, und die Eröffnung des formellen Concurses zur Erwägung und Beschlußfassung gezogen worden ist; so wie aber die Ansicht des Appellanten, daß der Betrag der Passiven sich nicht constatiren lasse, der nöthigen Begründung entbehrt, so kann auch die Säumniß eines Schuldners in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten die Eröffnung des formellen Concurses nicht eher zur Folge haben, als wenn sich zeigt, daß wirkliche Insolvenz vorhanden ist.

III. Wechselrecht.

(Fortsetzung von Heft 1. S. 75.)

9.

Zu Art. 1. der W. O. — Hat der Ehemann an die Ordre seiner Ehefrau gezogen, so hat er ihr im Zweifel das Recht zur Weiterbegebung eingeräumt.

II. Sen.-Erk. v. 22. Juni 1859. ad no. 140/176. deff. I.

Der an die Spitze der vorigen Entscheidung gestellte richtige Satz, daß Beklagte, da sie vom Kläger selbst als Ehefrau bezeichnet, ihre Selbstständigkeit als Handelsfrau aber nicht einmal behauptet worden sei, zu der Rechtsgültigkeit ihrer wechselrechtlichen Handlungen der ehemännlichen Zustimmung bedurft habe, ist auch von der ersten Instanz nicht bestritten worden. Man hat vielmehr den Einwand, welchen die Beklagte auf den Mangel ehemännlichen Beitritts zu dem in tergo der Anweisung zu lesenden Blancoindossamente gegründet hat, in dem Bescheide um deswillen für beseitigt erachtet, weil in der von dem Ehemanne bewirkten Ausstellung jener Anweisung „an die Ordre der Beklagten" die im Voraus ertheilte Zustimmung des Ehemannes zu der von der Beklagten ausgehenden Weiterbegebung des Papiers zu erblicken sei, und dieser Ansicht hat man auch in gegenwärtiger Instanz beizutreten gehabt ꝛc.

Hat daher der Ehemann in der in Rede stehenden Anweisung die Beklagte, seine Ehefrau, als Remittentin bezeichnet, so hat er ihr damit voraussetzlich auch alle diejenigen Rechte eingeräumt, welche das Gesetz dem Remittenten als solchem beilegt, wofern der

Privatwille nicht engere, in dem Wechsel selbst ausgedrückte Gränzen gezogen hat. Die vorige Instanz hat nicht bezweifelt, daß in der von dem Ehemann ausgegangenen Ausstellung der Anweisung an die Beklagte, die ehemännliche Zustimmung zu dem Gebahren der Ersteren mit dem Wechsel und der darin verschriebenen Summe, wenigstens insoweit enthalten sei, als es sich um die Erhebung des Wechselbetrags durch die Remittentin selbst, oder vermittelst dritter, von ihr durch Indossament dazu legitimirter, Personen handle, während sie die Genehmigung eines weiter gehenden, die Remittentin selbst in Gemäßheit §. 14. der A.D.W.O. wechselmäßig verpflichtenden Gebahrens darin nicht ausgesprochen findet.

Allein eine derartige Unterscheidung zwischen den Modalitäten der Wechselbegebung, dem wechselmäßig haftbar machenden (eigentlichen) Indossamente und dem sogenannten Procura-Indossamente erscheint nach Lage der Sache nicht gerechtfertiget.

Der ehemännliche Beitritt zu den desselben bedürfenden rechtlichen Verhandlungen einer Ehefrau kann, wie die vorige Instanz mit Recht angenommen hat, nicht nur bei der betreffenden Verhandlung selbst, sondern auch im Voraus, ebensowohl thatsächlich als ausdrücklich ausgesprochen werden, und eine stillschweigende oder factische Genehmigung ist mindestens in allen den Fällen als vorhanden anzusehen, in welchen die Annahme des Gegentheils mit der Voraussetzung der bona fides Seiten der Interessenten unvereinbar ist, mithin den Eheleuten, wollten sie das betreffende Rechtsgeschäft wegen Mangels ehemännlicher Genehmigung anfechten, die exceptio oder replica doli entgegenstehen würde. Nimmt man nun mit der vorigen Instanz an, daß der Aussteller der Anweisung durch sein Gebahren im Voraus die Einziehung des Papiers sowie dessen Begebung mittels Procura-Indossements Seiten der beklagten Ehefrau genehmigt habe, so liegt auch kein Grund vor, diese Genehmigung auf die vorerwähnten Acte zu beschränken. Wie der Ehemann, welcher den Assignaten, sowie dritte Personen zu jenen Verhandlungen mit der Ehefrau ermächtigt und ebenso die Letztere selbst, wenn sie von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, offenbar in mala fide versiren würden, wollten sie das Verhandelte als mit den ehemännlichen Rechten in Widerspruch stehend anfech-

ten, so ist ein Gleiches auch dann der Fall, wenn ein von der Ehefrau ohne specielle ehemännliche Genehmigung vollzogenes Indossament mit wechselmäßigem obligo aus demselben Grunde angefochten werden wollte. Denn die vorauszusetzende Kenntniß der gesetzlichen Vorschrift, daß der Remittent in Mangel ausdrücklichen Verbotes zu der Wechselindossirung befugt ist und daß jedes, in seiner Wirkung nicht ausdrücklich beschränkte Wechselindossament die wechselmäßige Haftung des Indossanten begründet, führt von selbst zu der Folgerung, daß die Beklagte und deren Ehemann, um sich gegen die Anwendung dieser Vorschriften zu schützen, der gesetzlich gestatteten Verwahrungen sich zu bedienen gehabt hätten und — lag dies wirklich in ihrer Absicht — solches nicht unterlassen durften, ohne der Annahme eines dolus oder doch einer dem gleich zu achtenden culpa lata Raum zu geben.

10.

Zu Art. 4. no. 3. der W. O. — Die Bezeichnung des Remittenten durch die Worte „an die Ordre des X" steht der „an X oder dessen Ordre" ganz gleich.

Dasselbe Erkenntniß.

Daß der Ausdruck: „an die Ordre Frau Emilie M." mit der Fassung „an Frau Emilie M. oder deren Ordre" gleichbedeutend sei, kann einem Zweifel um so weniger unterliegen, als es zu Erreichung des Erfolgs, daß das Papier nicht blos an den Remittenten, sondern auch an dritte Personen, die Indossatare desselben, gezahlt werden dürfen, einer ausdrücklichen Bestimmung im Wechsel nicht bedurfte, vielmehr nach §. 9. der allgem. deutsch. W. O. das Recht zu der Weiterbegebung des Wechsels in den dem Remittenten gesetzlich zustehenden Befugnissen dergestalt liegt, daß eine ausdrückliche Bestimmung des Gegentheils erforderlich ist, um jenes Recht auszuschließen.

11.

„Der Ausdruck: ultimo eines Monats ist eine im Ge-„schäftsverkehr übliche, allgemein bekannte Bezeich-„nung für den **letzten Tag** dieses Monats, der, weil „ebenfalls allgemein bekannt, als fester Zahlungster-„min" — im Sinne Art. 4. no. 4. der D. W. O. — „zu „gelten hat."

II. Sen.-Erk. v. 13. Mai 1859. ad no. 820/858. von 1858.

12.

Die Acceptation einer Tratte allein kann nicht das Fundament einer nach Art. 83. der W. O. anzustellenden **Civilklage** bilden.

II. Sen.-Erk. v. 18. Mai 1859. ad no. 37/102. deff. J.

Der der Klage zu Grunde gelegte Wechsel ist eine vom Beklagten, als Bezogenen, acceptirte Tratte, deren Verfalltag auf den 1. Juli 1852 gestellt ist, und es erlosch daher, auf Grund von §. 77. der A. D. W. O., der wechselmäßige Anspruch gegen den Beklagten am 1. Juli 1855 durch Verjährung. In diesem Falle ist aber, nach klarem Inhalte von §. 83. des angezogenen Gesetzes, der Beklagte dem Inhaber des Wechsels nur noch insoweit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde. Daß dies der Fall sei, und auf Grund welchen zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestandenen Rechtsverhältnisses, hat aber Kläger in seiner Klage gar nicht angeführt, wie denn auch die in dem Wechsel enthaltenen aller Specialität und Bestimmtheit entbehrenden Worte: „Werth in Rechnung", nicht geeignet erscheinen können, den mangelnden Nachweis eines zu Begründung der Anwendbarkeit der Ausnahme-Bestimmung in §. 83. der D. W. O. geeigneten Rechtsverhältnisses zu ersetzen.

IV. Eherecht.

(Fortsetzung von Heft 1. S. 80.)

8.

Feindselige Gesinnung der Eltern gegen einander bietet keinen Grund der Verweigerung des elterlichen Consenses zu Eingehung der Ehe der Kinder.

II. Sen.-Erk. v. 25. Febr. 1859. ad no. 110/21. deff. J.

Die elterliche Einwilligung in die Ehen der Kinder kann nur aus erheblichen Gründen verweigert und, wo diese nicht vorhanden, vom geistlichen Richter ergänzt werden.

Vergl. Kirchenordnung von 1580. Tit.: „vom Ehegelöbniß" (C. A. I. pag. 537.)

Eheordnung von 1624. Cap. I. (C. A. I. pag. 1020.)

Regulativ wegen des Aufgebots und der Trauung vom 15. Jan. 1808. (C. C. A. III. Thl. I. S. 165. fg.)

Mandat vom 19. Febr. 1827. §. 44. 45. (Ges.-Samml. v. 1827. S. 22.)

Die sächsischen Gesetze haben jene Gründe nicht näher bestimmt und es kann sich daher nur fragen, ob unter den Ursachen, welche der Beklagte für seine Weigerung vorgebracht hat, solche sich befinden, welche nach dem Gerichtsbrauche für erheblich geachtet werden. Vor dem Pfarrer und im Vorbeschiede hatte Beklagter zufolge Bl. — und Bl. — weiter etwas nicht angeführt, als daß Großvater und Vater der Mitklägerin ihm schon seit Jahren feindselig gesinnt seien, er daher mit der Familie der Verlobten, gegen deren Person selbst er etwas Erhebliches nicht einzuwenden habe, voraussichtlich nicht in Frieden leben werde.

Mit Recht hat die vorige Instanz diesen Weigerungsgrund

verworfen. Daß die Kinder den Consens der Eltern zur Eingehung eines Ehebündnisses zu suchen haben, beruht im Wesentlichen auf der durch die Wichtigkeit eines solchen Schrittes gebotenen Rücksicht auf die schon in den Gesetzen der Natur begründete Autorität der Eltern, denen die Kinder Achtung und Gehorsam schulden.

Vergl. Kästner zu Deylingii Institut. prud. pastor: pag. 538. Kind, Quaest. for. T. IV. Cap. 6. pag. 20 sq. (ed. II.)

Dagegen ist es aber auch Pflicht der Eltern, hier, wo es ganz speciell um das Interesse der Kinder, höchstens nur secundär auch um das ihre, sich handelt, bei ihrer Entschließung lediglich von der Rücksicht auf jenes Interesse der Kinder sich leiten zu lassen und ihre Einwilligung nur dann zu versagen, wenn Verhältnisse obwalten, welche mit Sicherheit annehmen lassen, daß in der beabsichtigten Ehe die Ehezwecke nicht erreichbar seien und daß das Ehebündniß für die Kinder nur eine Quelle des Unheils werden müsse. Feindselige Gesinnungen der beiderseitigen Eltern unter einander begründen eine solche Annahme noch keineswegs und deshalb erscheint auch alles das, was nach dieser Richtung hin Beklagter in seiner Deductionsschrift Bl. ausführlicher vorgebracht hat, als irrelevant und unbeachtlich.

9.

Anticipirter Beischlaf, wenn auch fortgesetzt nach Verwarnung der Eltern, bietet den letzteren an sich keinen Grund der Consensverweigerung.

Dasselbe Erkenntniß.

Beklagter hat als Grund für seine Weigerung angeführt, daß er, sobald er von dem vertrauten Umgange seines Sohnes, des Klägers, mit der Mitklägerin Kenntniß erlangt gehabt, nicht allein wiederholt den Kläger vor diesem Umgange verwarnt, sondern auch gegen den Vater der Mitklägerin seine Mißbilligung und Abneigung ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß aber dessenungeachtet Kläger jenen von dem Vater der Mitklägerin begünstigten Umgang fortgesetzt und die Mitklägerin bereits zum zweiten Male geschwängert habe.

Wenn das hier Angeführte auch vollkommen gegründet sein

sollte, so würde dies doch für sich allein, zumal in Erwägung, daß Beklagter bemerkter Maaßen ausdrücklich erklärt hat, wie er gegen die Person der Mitklägerin selbst etwas Erhebliches nicht einzuwenden habe, im Hinblick auf die Vorschriften des Zabeltitzer Mandats vom 16. November 1648. (C. A. I. S. 1833 fg.) in Verbindung mit denen der oben angezogenenen Kirchen- und Eheordnung die Weigerung des Beklagten noch nicht rechtfertigen, sondern äußersten Falles würde die Frage entstehen können, ob Beklagter deshalb befugt sei, den Kläger ganz oder theilweise zu enterben. Auf diese Frage ist jedoch hier nicht näher einzugehen.

10.

Beschimpfungen und Mißhandlungen Seiten des eigenen Kindes bieten dem Vater an sich keinen Grund der Consensverweigerung.

Dasselbe Erkenntniß.

Beklagter hat darauf Bezug genommen, daß Kläger in dem Herbste 1858 ihn in der Bl. bemerkten Weise gröblich beschimpft und mißhandelt habe.

Allerdings führen nun einige Schriftsteller unter den Gründen, aus welchen nach dem Gerichtsbrauche Eltern den Consens mit Erfolg verweigern können, Beleidigungen derselben durch grobe Beschimpfungen und Mißhandlungen an,

vergl. Weber: Kirchenrecht rc. Thl. II. Abth. 3. §. 124. not. 35. S. 1116. fg.

Lengnik, der sächsische Eheproceß §. 25. S. 78. fg.

Müller, Lexicon des Kirchenrechts s. v. „Eheverlöbnisse" Bd. II. S. 533.

sie lassen es aber ungewiß, welchen Fall sie im Auge gehabt haben, ob den, wenn die Beleidigung von dem Kinde gegen dessen eigne Eltern, oder den, wenn sie gegen die Eltern des andern Theils verübt worden ist. Nun liegt zwar, was den ersteren Fall betrifft, in derartigen Beleidigungen der Eltern von Seiten der leiblichen Kinder ein sehr grober und ahndungswürdiger Verstoß gegen die den Eltern

schuldige Achtung und Ehrerbietung, ja unter Umständen ein schweres Verbrechen,

vergl. Art. 241. des StGB.,

allein, wollte man annehmen, daß der von den Eltern aus diesem Grunde verweigerte Consens vom Eherichter schlechterdings nicht supplirt werden dürfe, so würde dies zu den bedenklichsten Consequenzen führen. Denn dann würden es die Eltern geradezu in der Hand haben, ihre Kinder, die sich an ihnen vergangen hatten, zu einem, selbst mit dem Interesse und Wohlstande des Staates nicht vereinbaren Cölibate zu verurtheilen, während ihnen doch noch ganz andere Mittel zu Gebote stehen, derartige Unbilden ihrer Kinder zu ahnden, sei es mit Angebung des Criminalrichters oder nach Befinden durch Enterbung.

Will man daher jenen Grund überhaupt als eine erhebliche Weigerungsursache gelten lassen, so erscheint es doch jedenfalls weit rationeller, solches auf den zweiten Fall zu beschränken, nämlich auf den, wenn die Beleidigung den Eltern des andern Theiles, also nicht vom eigenen Kinde, zugefügt war. Auf der einen Seite würde in diesem Falle den Eltern nicht wohl zuzumuthen sein, in ein Ehebündniß ihres Kindes mit dem Beleidiger einzuwilligen und damit diesem die Rechte eines Gliedes ihrer Familie einzuräumen, auf der andern aber würden auch jene bedenklichen Consequenzen cessiren, denn der Beleidiger würde dadurch wenigstens nicht behindert sein, mit einer andern Person als dem Kinde der durch ihn in ihrer Ehre gekränkten Eltern sich zu verehelichen.

In der That hat auch das Preußische Recht, welches die Gründe, aus denen der elterliche Consens mit Erfolg verweigert werden könne, speciell bestimmt hat, den hier fraglichen Weigerungsgrund lediglich auf den letzteren Fall beschränkt, indem dasselbe im

Allg. Landrecht Thl. II. Tit. 1. §. 66.

die ausdrückliche Disposition enthält,

daß Eltern und Großeltern den Consens dann verweigern können, wenn sie vom andern Theile mit Beschimpfungen und Thätlichkeiten gröblich beleidigt worden sind,

dabei aber des Falles, wenn Kinder die eignen Eltern beschimpft oder mißhandelt haben, mit keiner Sylbe Erwähnung thut.

Nach dem Allen läßt sich in den Beleidigungen, welche Kläger an seinem Vater verübt haben soll, eine erhebliche Weigerungsursache nicht erblicken und es könnte nur noch der Umstand Zweifel erregen, daß nach der Angabe des Beklagten Bl. bei jenen thätlichen Mißhandlungen die Absicht des Klägers dahin gegangen sein soll, den Beklagten in Furcht zu jagen und von ferneren Prohibitivmaaßregeln abzuschrecken; denn nach dem von den oben angezogenen Schriftstellern bezeugten Gerichtsbrauche ist die Consensverweigerung der Eltern auch dann begründet, wenn die Kinder die elterliche Einwilligung zu ertrotzen und zu erzwingen gesucht haben, ja nach Preußischem Rechte

vergl. das Allgemeine Landrecht a. a. O. §. 67.

ist dies sogar ein gesetzlicher Grund.

Man hat jedoch auch hierauf ein Gewicht nicht legen können, da Beklagtens Darstellung nicht das Mindeste enthält, was den Schluß auf eine solche Absicht des Klägers auch nur einigermaaßen zu rechtfertigen vermöchte, vielmehr nur als der unmotivirte Ausdruck einer subjectiven Ansicht erscheint.

11.

Der Annullation einer wegen Bigamie ipso jure nichtigen Ehe durch eherichterlichen Spruch bedarf es nicht.

III. Sen.-Verordn. v. 2. April 1859. ad no. 89. deff. J.

Wenn es jedoch da, wo es sich um eine wegen Bigamie nichtige Ehe handelt, zumal dafern, wie nach Bl. angenommen werden muß, nicht blos dem bigamus, sondern auch dem anderen Theile das Sachverhältniß bekannt gewesen, einer Annullation dieser ipso jure nichtigen Ehe durch Spruch des Eherichters nicht bedarf, und somit dessen Competenz in einem Falle dieser Art an sich ausgeschlossen ist,

vergl. Weber, Kirchenrecht II. 3. Abth. §. 130. S. 1207. sub 2. und not. 2.

als wodurch sich ein Eingehen auf die Frage: ob C. F. Fr. hujus fori sei, erledigt, so trägt das OAG. Bedenken, über das Eingangs gedachte Rechtsmittel zu cognosciren, verordnet vielmehr an ernanntes A. G. demgemäß die Appellantin zu bescheiden.

12.

Adulterium consummatum, praesumtum, inchoatum, attentatum. — Nicht das letztere, nur die ersteren geben einen Ehescheidungsgrund ab.

II. Sen.-Erk. v. 3. März 1859. ad no. 103/24. dess.J.

Wenn ein Ehegatte den andern des Treubruchs beschuldigt und dieserhalb die Ehetrennung beantragt, so genügt es zur Herbeiführung der letzteren, wenn solche Momente für die Beschuldigung beigebracht werden, welche einen dringenden Verdacht des begangenen Vergehens zu begründen geeignet sind — adulterium praesumtum — C. 12. X. de praesumt. —

Zeischr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 1. S. 263. Bd. 2. S. 14. f. Die von der Klägerin im 19. Beweis-Artikel behauptete Thatsache, daß Beklagter mit der bei ihm seit Neujahr 1854 zuerst als Kinder-, dann als Ladenmädchen im Dienst gestandenen A. W. (zu vergl. das Confessat ad art. prob. 8. Bl.) viele Nächte hindurch in einem und demselben Bette zusammengelegen, würde nun aber zweifelsohne, dafern sie in Wahrheit beruht, als ein solches Moment zu betrachten sein, welches eine dringende Vermuthung dafür an die Hand giebt, daß Beklagter mit der W. wirklich die Ehe gebrochen habe, und es bedarf dies zumal mit Hinsicht auf das Verhältniß Beklagtens zu gedachter W. als deren Dienstherr, welches nicht absehen läßt, wie Gründe unverdächtiger Art das nächtliche Zusammenliegen beider Personen in einem und demselben Bette veranlaßt haben könnten, keiner weiteren Auseinandersetzung.

Nun ist zwar der vorigen Instanz darin beizupflichten, daß die aus der im 19. Beweis-Artikel behaupteten Thatsache sich ergebende Vermuthung sich erledigen würde, dafern Beklagter den über den 20. Beweis-Artikel, welcher direct auf das factum der fleischlichen Vermischung gerichtet worden, ihm angetragenen Eid leisten sollte; allein daraus, daß Klägerin in dem zuletzt bemerkten Artikel den behaupteten Treubruch des Beklagten direct zu beweisen unternommen hat, folgt nicht, daß die an sich relevante und eine künstliche Beweisführung involvirende Behauptung im 19. Beweis-Artikel ignorirt werden könnte, sondern nur soviel, daß Beklagter

gehalten ist, **beide** Behauptungen der Klägerin, sowohl die im 19. Beweisartikel aufgestellte, welche geeignet ist, auf indirectem Wege (vermittelst Schlußfolgerung) den Beweis herzustellen, als auch die im 20. Beweis-Artikel unmittelbar auf das zu beweisende factum gerichtete, eidlich abzuleynen, und daß derselbe, wenn er nicht vermöchte, das delatum über den 19. Beweis-Artikel zu leisten, somit also nach dem oben Bemerkten adulterium praesumtum vorläge, zu dem Eide über den 20. Beweis-Artikel gar nicht zuzulassen sein würde rc.

Insofern dagegen Klägerin in ihrer ersten Beschwerde auch noch beantragt hat, auf das delatum über den 18. Beweis-Artikel zu erkennen, hat man ihr beizustimmen nicht vermocht; denn die in diesem Artikel bemerkten unzüchtigen Handlungen begründen, ihre Wahrheit selbst vorausgesetzt, eine ausreichende Vermuthung weder des wirklich stattgefundenen Ehebruchs noch auch nur eines Versuchs dazu, welcher letztere überdies, sofern er nicht bis dahin gediehen, wo der Begriff des adulterium inchoatum eintritt, nicht einmal einen Scheidungsgrund an die Hand giebt.

(Zeitschr. f. Rechtspfl. rc. loc. cit.)

13.

Mißhandlungen oder Drohungen können im Zweifel nicht als lebensgefährliche gelten, wenn die Ehe nach der Zeit ohne Schritte behufs der Ehetrennung ein Jahr lang fortgesetzt worden.

III. Sen.-Erk. v. 12. Febr. 1859. ad no. 80/63. von 1858.

Das OAG. ist der Ansicht, daß wenn der angeblich lebensgefährlich bedrohte oder gemißhandelte Ehegatte noch ein Jahr nach der Zeit jener Drohungen oder Mißhandlungen mit dem andern Ehegatten zusammenlebt, dieselben nicht von der Art gewesen sein können, daß ersterer ernstlich sein Leben oder doch seine Gesundheit für gefährdet angesehen habe. Denn hätte er dies gethan, würde er nicht noch ein Jahr lang mit dem andern Ehegatten zusammengelebt haben. Consequent dieser Ansicht muß daher auch das Anführen solcher Bedrohungen und Mißhandlungen, welche ein Jahr hinter der Klaganstellung zurückliegen und den unschuldigen

Ehegatten nicht veranlaßt haben, sich von dem andern zu trennen oder eher Klage zu erheben, zur Begründung einer Scheidungsklage für ungeeignet erachtet werden.

14.

Trunksucht, welche der böslichen Verlassung gleich zu achten, ist Ehescheidungsgrund.

II. Sen.-Erk. v. 20. April 1859. ad no. 205/57. bess. J.

Klägerin hat ihren anderweiten Scheidungsantrag fol. auf die Behauptung gestützt, daß ihr Ehemann schon seit langer Zeit dem Trunke in immer gesteigerter Maaße ergeben, fast täglich betrunken und deshalb wiederholt bestraft worden sei, dieses Laster auch einen so hohen Grad erreicht habe, daß in dessen Folge die gehörige Erreichung der Ehezwecke gänzlich gehindert werde, eine Besserung nicht zu erwarten stehe, und diese Trunksucht daher einer böslichen Verlassung gleichgestellt werden müsse.

Nach dem in Sachsen bestehenden und auch von dem OAG. constant befolgten Gerichtsbrauche,

Weber, Kirchenrecht, Theil 2. Abtheil. 3. S. 1232.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 2. S. 24. und not. 1.

giebt nun eine solche Trunksucht allerdings eine beachtenswerthe Ursache zur Ehetrennung an die Hand und es ist daher unbedenklich erschienen, der Klägerin den Beweis der obigen, in nurgedachter Hinsicht ein ausreichendes Klagfundament darbietenden Behauptungen nachzulassen, in welchem eine vollständigere Begründung und Darlegung der einschlagenden factischen Verhältnisse annoch erfolgen kann.

15.

Voraussetzungen, unter denen geringere als vierjährige Freiheitsstrafe einen Ehescheidungsgrund abgiebt.

II. Sen.-Erk. v. 7. Oct. 1858. ad no. 601/414. von 1858.

Das OAG. erachtet zwar in der Regel, gleich den vorigen Instanzen, nur Freiheitsstrafe in der Dauer von mindestenns vier Jahren bei nicht entgegenstehenden sonstigen Bedenken als einen ohne Weiteres beachtlichen Ehescheidungsgrund.

Es hat jedoch von dieser Regel mehrfache Ausnahmen als dem Geiste des protestantischen Eherechtes entsprechend statuirt und insbesondere bereits vor dem beschlossen, daß bei Freiheitsstrafen, welche diese Dauer nicht erreichen, der rechtlichen Beurtheilung anheim gestellt bleiben solle, ob auch außer dem früher als Scheidungsgrund anerkannten Falle, wo das Verbrechen, wegen dessen die Strafe erkannt worden, von der Beschaffenheit wäre, daß bei Fortsetzung der Ehe nach aller Wahrscheinlichkeit die größte Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des unschuldigen Gatten zu besorgen sein würde, — andere Umstände in Bezug auf den unschuldigen Ehegatten in Erwägung zu ziehen seien, und daß dahin die Art des vorliegenden Verbrechens, die Lebensverhältnisse der Betheiligten und überhaupt solche Umstände gehören, unter welchen dem unschuldigen Ehegatten vernünftiger und billiger Weise nicht wohl zugemuthet werden könne, die Ehe fortzusetzen.

Während nun nach der älteren Auffassung der Scheidungsgrund wegen vier- oder mehrjähriger Zuchthausstrafe unter den Gesichtspunct böslicher Verlassung im engeren Sinne fällt,

vergl. Weber, Kirchenrecht, 1. Ausg. Bd. II. Abth. III. S. 1270. fg.

liegt bei der neueren mehr die Anwendung der „Analogie des protestantischen Kirchenrechts, nach welcher solche Handlungen eines Ehegatten, die der ehelichen Treue und dem Zwecke der Ehe eben so sehr als der Ehebruch und die bösliche Verlassung entgegenlaufen, allerdings ebenfalls den Gründen zu gänzlicher Entscheidung beizuzählen sind,"

vergl. Weber a. a. O., S. 1235. ad not. 53.

zu Grunde, und es prävalirt nicht die Strafe als Grund zeitweiliger Behinderung des ehelichen Beisammenlebens, sondern die verbrecherische Thätigkeit wegen deren sie erkannt worden, unter dem Gesichtspuncte der sogenannten quasi desertio.

Auf eingewendete Appellation wurde dieses Urthel bestätigt, mittelst

III. Sen.-Erk. v. 5. März 1859. ad no. 3/4. dess. J.

Der Entscheidung voriger Instanz und den ihr beigefügten Gründen ist auch bei nochmaliger Prüfung der Sache beizutreten gewesen. Es beruhen dieselben auf den Grundsätzen, welche das K. OAG. in Bezug auf die Zulässigkeit einer Ehescheidung wegen

zeitiger Freiheitsstrafen, welche die Dauer von vier Jahren nicht erreichen, angenommen und in der neuesten Zeit constant befolgt hat.

16.

Gründe für zeitweilige Sonderung von Tisch und Bett. — Beleidigungen — Kränkungen — (gegenseitige) Erbitterung.

II. Sen.-Erk. vom 18. März 1859 ad no. 128/21. dess. J.

Die Gründe, aus welchen auf zeitweilige Separation der Eheleute — Scheidung von Tisch und Bett — zu erkennen, sind in den Gesetzen nicht näher bestimmt, und es hat sonach das richterliche Ermessen in den einzelnen Fällen nach den besonderen Umständen und Verhältnissen darüber zu entscheiden, ob desfallsigen Anträgen des einen oder andern Theiles Statt zu geben, nach Befinden Amtshalber eine einstweilige Absonderung der Eheleute bei hervortretendem Ehezwiste anzuordnen sei. In der Regel wird es nun aber für angemessen zu erkennen sein — und auch der Gerichtsbrauch hat sich dafür entschieden — bei erheblichen Beleidigungen, deren sich ein Ehegatte gegen den andern schuldig macht, auf Antrag des verletzten Theiles eine zeitweilige Separation zu verfügen, um theils die durch die Beleidigung erregte Gemüthserbitterung zu besänftigen, theils dem schuldigen Theile eine angemessene Admonition zu ertheilen,

vergl. Weber, Kirchenrecht, 2r. Theil 3te Abtheilung Seite 1282.

und es ist nur noch zu bemerken, daß die Beleidigungen, welche hierbei in Betracht zu ziehen, nicht gerade in Thätlichkeiten oder Beschimpfungen zu bestehen brauchen, indem einem Ehegatten auch auf andere Weise durch ein unangemessenes, seine Rechte beeinträchtigendes und mißachtendes Verhalten des anderen Theiles eine, oft sogar noch weit empfindlichere Kränkung als durch Schimpfreden und Thätlichkeiten zugefügt werden kann, und daß ebensowenig gerade eine Gegenseitigkeit der Erbitterung vorzuliegen braucht, wenigstens darauf kein Gewicht zu legen, wenn der beleidigende

Theil versichert, daß er seinerseits gegen den von ihm gekränkten Gatten keinen Groll oder keine Erbitterung hege.*)

17.

Ausflüchte gehen in dem Eheprocesse durch unterlassene Vorschützung in dem Termine nicht verloren.

II. Sen.-Erk. vom 19. April 1859 ad no. 168/43. Dess. J.

Bei der eigenthümlichen Natur des Eheprocesses, in welchem die erste Ladung, wie auch die fol. — erlassene, nur eine monitorische ist, und es daher an einem ausreichenden Präjudize fehlt, sind Ausflüchte dadurch, daß sie nicht sofort im ersten Verfahren vorgeschützt worden, für den Beklagten nicht für verloren zu betrachten, vielmehr können solche nach der von dem OAG. mehrfach befolgten Ansicht, namentlich dann, wenn sie das Klagerecht aufheben, und die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken, in jedem Stadium des Processes, und zwar bis zur Rechtskraft des Definitiverkenntnisses, noch geltend gemacht werden. Zu den Einreden der letzteren Art gehört aber die der Verzeihung, welche durch jene Unterlassung um so weniger für ausgeschlossen zu achten ist, als sie sogar von richterlichen Amtsbalber Berücksichtigung zu finden hat.

18.

Derselbe Satz. — Wird die Einrede erst in zweiter Instanz vorgeschützt, so muß die Entscheidung darüber zunächst dem Ehegericht zugewiesen werden.

III. Sen.-Erk. vom 12. Febr. 1859 ad. no. 83/62. von 1858.

Wenn Beklagter Appellation dagegen gerichtet ist, daß das Erkenntniß die Entscheidung im Betreff der erst in zweiter Instanz

---

*) Nach diesen Grundsätzen wurde Sonderung von Tisch und Bett auf sechs Monate für angemessen befunden, als die Ehefrau ihrem Ehemanne gegen dessen Versprechen ferneren pflichtgemäßen Verhaltens, frühere eheliche Untreue verziehen, nichtsdestoweniger derselbe mit der betreffenden Weibsperson ohne nachweisbar unverfänglichen Grund wieder in Verkehr getreten, und nun die Frau wegen der ihr dadurch innewohnenden Aufregung und Erbitterung um separatio a thoro et mensa gebeten.

vorgebrachten Ausflucht der Compensation zur ersten Instanz verwiesen habe, wogegen andererseits Kläger sich dadurch beschwert gefunden hat, daß dem Vorbringen der Beklagten nicht sofort jeder rechtliche Einfluß abgesprochen worden sei, so rechtfertigt sich die Beachtung des Vorbringens durch die summarische Natur des Eheprocesses, deren Berechtigung im vorliegenden Falle um so mehr einleuchtet, als durch das unbedingte Festhalten an der Eventualmaxime sehr leicht dem materiellen Rechte der Partheien ein nicht wieder auszugleichender Nachtheil erwachsen könnte, auf der andern Seite aber würde durch die sofortige Entscheidung in zweiter Instanz das Recht der Partheien auf den geordneten Instanzenzug entzogen werden, abgesehen davon, daß durch die Verweisung zur ersten Instanz der Beklagten Gelegenheit geboten wird, ihr thatsächliches Vorbringen noch zu vervollständigen.

19.

Verurtheilung wegen eines einen Ehescheidungsgrund abgebenden Vergehens in contumaciam ist für den Ehrichter nicht maaßgebend.

II. Sen.-Erk. vom 15. März 1859 ad no. 100/22. beff. J.

Daß für den vorliegenden Eheproceß aus der in Folge Denunciation der Klägerin wider Beklagten anhängig gewordenen Untersuchungssache, selbst wenn sie nicht auf dem aus dem Beilagsfascikel F. nr. 682./IV. ersichtlichen nur formellen Wege in Gemäßheit Art. 368. der Strafproceß-Ordnung Erledigung gefunden hätte, sondern förmliche Entscheidung erfolgt wäre, nicht etwa auf Grund Art. 449. ein Präjudiz mit Nothwendigkeit abgeleitet werden müßte, bedarf keines weiteren Nachweises, da sich letztere Bestimmung nur auf Schädenansprüche bezieht. Vielmehr hat der Eherichter völlig freie Hand, welches Gewicht er auf die Ergebnisse der Untersuchungssache zu legen für angemessen befindet, obgleich dieses Gewicht in einem Falle der Beendigung der Untersuchungssache durch stillschweigende Unterwerfung unter die Strafverfügung ein weit geringeres, als in dem der förmlichen Verhandlung der Sache ist.

V. Zu dem Strafgesetzbuche.

(Fortsetzung von Heft 1. S. 89.)

12.

Bei Geldstrafen, welche in Fällen erkannt worden, in welchen das Gesetz Geld- oder Gefängnißstrafe wahlweise androht, bedarf es nicht der Angabe der Dauer der Gefängnißstrafe, welche ausgesprochen sein würde, wenn der Richter nicht auf Geldstrafe erkannt hätte. — arg. Art. 28. Str. G. B.

Erk. v. 11. Juli 1859. ad no. 674/724. bess. J.

Die verehelichte A. ist durch den Bescheid Bl. wegen Beleidigung nach Anleitung von Art. 239. des Str. G. B. mit einer Geldbuße von sechs Thalern anstatt verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe belegt worden. Hiergegen hat dieselbe durch ihren Vertheidiger Nichtigkeitsbeschwerde aus dem Grunde eingewendet, weil der Bescheid nur von verhältnißmäßigem Gefängniß spreche, ohne eine Bestimmung darüber zu enthalten, auf wie viel Tage, Wochen oder Monate das in Geldstrafe verwandelte Gefängniß selbst in concreto auszudehnen gewesen sein würde.

Das gedachte Rechtsmittel erscheint jedoch als ein völlig unbegründetes, wie aus den nachstehend erwähnten gesetzlichen Vorschriften klar hervorgeht.

Am Schlusse von Art. 239. des Str. G. B. heißt es ausdrücklich, daß in Fällen, wo die zu erkennende Gefängnißstrafe die Dauer von drei Monaten nicht übersteigt, statt derselben auf Geldbuße bis zu dreihundert Thalern erkannt werden könne.

In dem vorliegenden Falle ist nun statt der Gefängnißstrafe auf Geldbuße erkannt worden. Kann diese letztere nicht vollstreckt werden, so findet die in Art. 28. des Str. G. B. vorgeschriebene Verwandlung derselben statt. Der Richter hat bei Feststellung der Geldbuße Bedacht zu nehmen, daß sie eine verhältnißmäßige sei und sodann nöthigen Falls die Rückverwandlung in diesem Verhältnisse zu bewirken.

(Krug, Commentar z. Str. G. B. Art. 28. Anm. 2.)

Wenn daher in dem Bescheide von einer verhältnißmäßigen Gefängnißstrafe die Rede ist, so ist nur ausdrücklich ausgesprochen, was sich von selbst versteht.

Daß bei gewählter Geldbuße zugleich das Maaß der Gefängnißstrafe, anstatt welcher jene erkannt wird, ausgesprochen werden müsse, ist durchaus nicht erforderlich.

13.

Miturheberschaft an einem culposen Verbrechen durch unterlassene Verhinderung. — art. 48. 50. St. G. B.

Erk. v. 11. April 1859. ad no. 327/326. deff. J.

Der Angeschuldigte K. hat zwar nicht selbst dem gedachten Knaben den Brandwein gegeben, allein nichts destoweniger ist seine Verschuldung unter denselben Artikel des St. G. B., unter den Art. 165. nämlich, zu subsumiren, wie die des Mitangeklagten Sch.

Man kann mit Fug und Recht aus den Geständnissen der beiden Angeklagten, deren theilweiser Widerruf Seiten K's. gänzlich unmotivirt geblieben, die Schlußfolgerung ziehen, daß, wenn K. nicht dazu seine — theils ausdrückliche, theils stillschweigende — Zustimmung gegeben hätte, der 16jährige Sch. nicht gewagt haben würde, dem Knaben S. zu wiederholten Malen Brandwein zu verabreichen.

Ihm, dem Manne von gereifterem Alter, durfte und konnte es aber nicht entgehen, daß einem noch nicht fünfjährigen Knaben der Genuß einer größeren Quantität von Brandwein lebensgefährlich war. Es hat sich sonach K. eine grobe Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lassen, als er den Brandwein an den kleinen S. verabfolgen ließ.

14.

Der Grad der Thätigkeit bei Ausführung eines Verbrechens entscheidet nicht allein über die Unterstellung unter den Begriff der Miturheberschaft oder Beihülfe. — art. 50. St. G. B.

Erk. v. 20. Mai 1859. ad no. 480a/514. deff. J.

Man ist mit den Gründen des erstinstanzlichen Erkenntnisses nicht einverstanden hinsichtlich der rechtlichen Auffassung der von V. bezüglich der Bl. erwähnten Unterschlagung von 220 Pfund Korn entwickelten Thätigkeit. Da das nurgedachte, lediglich in K's. Interesse begangene Verbrechen auch von diesem allein beschlossen worden war, V. aber bei der Ausführung insofern mitgewirkt hat, als er bei der von K'n. unternommenen Umfüllung eines ihm zum Mahlen übergebenen Sackes mit Korn, dessen Aneignung K. beschlossen hatte, in drei andere Säcke behülflich war; so hängt die Beantwortung der Frage, ob V. in Ansehung der fraglichen Unterschlagung als Miturheber oder nur als Gehülfe anzusehen sei, nach Art. 50. des St. G. B. davon ab, ob V's. Wille nur auf Unterstützung einer fremden That gerichtet gewesen, oder ob er durch seine Handlungsweise den Entschluß zur That stillschweigend zu dem seinigen gemacht habe. Die erste Instanz hat letzteres angenommen und zwar deshalb, weil V. an der Aneignungshandlung selbst, mithin an der zur Vollendung des Verbrechens nothwendigen Handlung Theil genommen hat. Hieraus an und für sich ist aber nach Dafürhalten des OAG. noch keineswegs eine Seiten V's. erfolgte Aneignung des auf die That gerichteten fremden Entschlusses oder mit anderen Worten der Wille V's, die That als seine eigene mit auszuführen, abzunehmen, da es sehr wohl mit einander verträglich ist, daß Jemand an der Haupthandlung eines von einem Andern beschlossenen Verbrechens sich betheiligt, gleichwohl aber dabei nur die Unterstützung einer fremden That in Absicht hat. Auch liegen sonstige Thatumstände, aus denen darauf geschlossen werden könnte, daß in dem fraglichen Unterschlagungsfalle V. den von K'n. gefaßten Entschluß zur That stillschweigend zu dem seinigen gemacht habe, keineswegs vor, und es ist daher nach Ansicht der gegenwärtigen Instanz V's. Betheiligung bei der Bl. unter 8. gedachten

Unterschlagung von 220 Pfund Korn lediglich als Beihülfe, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände als **entfernte** Beihülfe anzusehen.

15.

Fortgesetztes Verbrechen.

Erk. v. 28. März 1859. ad no. 313/318. deff. J.

Das OAG. ist ꝛc. ebenfalls zu der vollen richterlichen Ueberzeugung gelangt, daß D., U. und S. auf Anstiftung W's. im Allgemeinen zu gewerbmäßigem Stehlen sich vereinigt, und in Folge dieser eingegangenen Verbindung die Bl. speciell erwähnten Diebstähle in L. an vier aufeinander folgenden Abenden gemeinschaftlich ausgeführt haben. Diese Annahme läßt aber die Gesetzesunterstellung, insoweit als man wider sämmtliche Angeklagte die Strafbestimmung Art. 60. des St. G. B. und wider W'n. außerdem noch die Strafbestimmungen Art. 62. und 294. des St. G. B. angewendet hat, vollkommen gerechtfertigt erscheinen ꝛc. In einem Punkte ist jedoch die dem Angeklagten W. zuerkannte Strafe allerdings auf ein nicht anwendbares Gesetz begründet worden. Denn wenn auch der gedachte Angeklagte einen Theil des von D., U. und S. gestohlenen Gutes an sich gebracht hat und darin an sich eine der Strafbestimmung Art. 292. des St. G. B. unterzustellende Partiererei liegt, so kann doch im vorliegenden Falle nicht angenommen werden, daß dieses Vergehen mit der dem Angeschuldigten gleichfalls zur Last fallenden Anstiftung im Sinne Art. 78. des St. G. B. concurrire, vielmehr bilden diese als Mittel für einen und denselben Zweck, als Folgen eines und desselben Motivs sich darstellenden, äußerlich getrennten Thätigkeitsakte insofern, als sie in einem durch die Gleichzeitigkeit des fortwährend festgehaltenen Entschlusses und die diesem Entschlusse entsprechende Continuität der Handlung bedingten Causalzusammenhange zueinander stehen, ein fortgesetztes Verbrechen. Wenn demungeachtet die auf Grund der oberwähnten gesetzlichen Bestimmungen dem Angeklagten W. auferlegte, insoweit seiner Verschuldung auch ganz entsprechende Strafe deshalb um Einen Monat erhöht worden ist; so verstößt dies wider die Vorschrift am Schlusse des ersten Abschnitts Art. 78. des St. G. B.

16.

Fortgesetztes Verbrechen.

Erk. vom 6. Juni 1859. ad no. 646/588. deff. J.

Es läßt sich namentlich im Hinblick auf die tägliche Wiederholung der fraglichen Verleitung während eines anderthalbjährigen Zeitraumes und die Regelmäßigkeit der Zeitabschnitte und Quantitäten, in denen die R. gewisse Bedürfnisse, insbesondere Kaffee und Zucker, von der M. sich ausantworten ließ, nicht mit Grund bezweifeln, daß, wenn auch die R. beim Beginne ihrer verbrecherischen Handlungsweise deren regelmäßige und ununterbrochene Fortsetzung noch nicht in Absicht hatte und daher in der allerersten Zeit die einzelnen Verleitungen der M. auf besonderen Entschlüssen beruhten, doch die R. in Folge der ihr gelungenen Einschüchterung der M. und der von letzterer gezeigten Willfährigkeit sehr bald den Vorsatz, die ihr durch die Willfährigkeit der M. gebotene Gelegenheit, unentgeltlich gewisse Waaren, sowie Geld aus dem Materialwaarenladen des Pflegevaters der M. zu erlangen, als regelmäßige Erwerbsquelle fortwährend und womöglich täglich zu benutzen, faßte, und daß alle späteren Verleitungen der M. aus diesem allgemeinen Entschlusse flossen. Sonach stellt sich allerdings die der R. beigemessene, nach Art. 62., 64. Abs. 1., 65. Abs. 2., 289². des St. G. B. zu beurtheilende verbrecherische Thätigkeit, zwar nicht in ihrem ganzen Umfange, aber doch zum bei weitem größten Theile und jedenfalls bezüglich eines den Normalsatz von zehn Thalern beträchtlich übersteigenden Werthsbetrages, als fortgesetztes Verbrechen dar.

17.

Fortgesetztes Verbrechen.

Erk. vom 24. Juni 1859. ad no. 533/651. deff. J.

Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob der Betrug gegen R. und H's. Meineid nicht als ein fortgesetztes Verbrechen zu betrachten seien, allein es gebricht an jedem Anhalte dafür, daß der Entschluß H's., einen Meineid zu leisten, bereits einen Bestandtheil des Entschlusses, R'n. um die Hälfte des Kaufgeldes für seine Pferde zu betrügen, gebildet habe; im Gegentheile mochte, bei H's.

bekanntem Unvermögen, A's. und H's. Berechnung wohl dahin gerichtet gewesen sein, daß R., während er A'n. formell nicht in Anspruch nehmen könne, H'n., als zahlungsunfähig nicht in Anspruch nehmen werde. Geschah dies nun, wider Erwarten, später dennoch, so bedurfte es auch bei H'n. eines neuen Entschlusses, durch Meineid R's. gegen ihn erhobenen Anspruch ein für allemal abzulehnen. —

18.

Anwendung des Princips des Art. 78. des St. G. B. auf eine Mehrheit von Eigenthumsverbrechen, deren Objecte nicht genau ermittelt werden können.

Erk. vom 18. März 1859. ad no. 254/387. beff. J.

Das OAG. ist schon häufig in der Lage gewesen, auszusprechen, daß das im Art. 78. des St. G. B. aufgestellte Princip unter andern namentlich bei Unterschlagungen dem erkennenden Richter Verlegenheiten bereite, weil man gewöhnlich nicht weiß und nicht ermitteln kann, in welchen einzelnen Beträgen die anvertraute Summe unterschlagen worden ist. Man ist keineswegs mit der vorigen Instanz berechtiget, so ohne Weiteres anzunehmen, daß, wenn L. für T'n. 224 Thlr. 13 Ngr. 1 Pf. und für H'n. 35 Thlr. — Ngr. 6 Pf. eingehoben und nachher dieses Geld, ohne der Clienten Genehmigung, in seinen Nutzen verwendet hatte, je eine Unterschlagung nach Höhe jener Summen vorliege; ebensowenig ist man aber auch berechtigt, ohne des Angeklagten Geständniß oder sonstigen speciellen Nachweis, anzunehmen, daß er jene Gelder in lauter Einzelbeträgen von 10 Thlr. und weniger unterschlagen, mithin die Vorschrift im Art. 299. des St. G. B. Platz zu ergreifen habe. Da nun gleichwohl eine Strafe gefunden werden muß, so ist das OAG. schon wiederholt in der Lage gewesen, den dem Angeklagten möglichst günstigen Fall, nicht weil er eben indicirt wäre, sondern nur, weil durch dessen Supposition der Angeklagte wenigstens nicht verletzt wird, bei der Strafzumessung zu Grunde zu legen, daß nämlich die Hauptsumme des Unterschlagenen in Einzelposten, von denen keine höher als etwas über 10 Thlr. sich beläuft, verwendet worden sei.

19.

Begriffsbestimmung des Wortes „Kenntniß" in Art. 111². des St. G. B.

Erk. v. 14. März 1859. ad no. 288/374. deſſ. J.

Wenn nun auch einerſeits nicht eine jede entferntere Vermuthung über eine erlittene Rechtsverletzung als gleichbedeutend mit der Kenntniß von der Verletzung betrachtet werden darf, ſo kann doch auch auf der andern Seite nicht die zumeiſt erſt durch das Ergebniß einer Unterſuchung ermöglichte volle Ueberzeugung von dem Verbrechen gefordert werden. Es muß vielmehr als die Art. 111. vorausgeſetzte Kenntniß von dem Verbrechen das gleichviel ob gerechtfertigte oder nicht gerechtfertigte perſönliche Dafürhalten des Verletzten über die erfahrne Rechtsverletzung und den Thäter genügen.

20.

Begriff des „Gefangenen". — art. 153. Str. G. B. — Fortgeſetztes Verbrechen.

Erk. v. 8. Juli 1859. ad no. 729/709. deſſ. J.

Der Grundſatz, daß bei dem Verbrechen der Befreiung von Gefangenen der Beginn der Haft von dem Augenblicke an, wo der betreffenden Perſon die Haftanlegung angekündigt worden, zu rechnen ſei, ſtand ſchon vor dem Eintritte des St. G. B. in der Criminalpraxis feſt. Daß aber dieſer Grundſatz bei der neuen Strafgeſetzgebung habe verlaſſen werden ſollen, dies iſt ſchon wegen des Mangels jeder Andeutung dafür im Strafgeſetzbuche oder in deſſen Motiven anzunehmen. Ueberdies geht aber auch das Gegentheil aus den ſtändiſchen Berathungen zu Art. 152. und 153 des St. G. B. und einigen daraus hervorgegangenen Abänderungen des Entwurfs klar hervor:

vergl. Krug, Commentar zu dem St. G. B. Abth. 2. S. 56. Anm. 2a. u. b.

Die fernere Anſicht der erſten Inſtanz, daß St. durch den von hm vor der Ankündigung der Arretur geleiſteten Widerſtand und die nach jener Ankündigung ſich geſtattete Fortſetzung ſeines Widerſtandes zwei für ſich beſtehende Verbrechen begangen habe, hat

man nicht für richtig anzuerkennen vermocht. Nach dem Dafürhalten des OAG. war nämlich die Widersetzung St's. vor Bekanntmachung der Arretur und diejenige nach dieser Bekanntmachung Ausfluß eines einzigen, gleich beim Beginn seiner Renitenz gefaßten Entschlusses, nämlich desjenigen, mit allen Kräften seine Ueberwältigung durch die Organe der Polizei und insbesondere seine Fortschaffung aus dem Saale, in welchem der Exceß stattfand, zu verhindern zu suchen. Sonach muß die ganze verbrecherische Thätigkeit St's., wenn auch der frühere und der spätere Theil derselben unter verschiedene rechtliche Gesichtspunkte fallen, doch als eine juristische Einheit, als ein fortgesetztes Verbrechen, aufgefaßt werden.

21.

Begriff der Medikasterei. — Art. 164. St. G. B.

Verordn. v. 11. Octbr. 1858. ad no. 1164/933. beff. J.

Wenn auch die Vorschrift Art. 164. St. G. B. in Verbindung mit dem Mandate vom 1. Juni 1822, die Ausübung der inneren Heilkunde betreffend, die Annahme zu rechtfertigen scheinen, daß Jeder, welcher innerhalb des Königreichs Sachsen der ärztlichen Praxis sich unterzieht, ohne, wie hinsichtlich des M. anzunehmen ist, die Gestattung dazu von der vorgesetzten sächsischen Medicinalbehörde — der zuständigen Behörde — erlangt zu haben, unter die Strafbestimmung des 164. Artikels falle, so giebt doch die Stellung des Artikels im vierten Kapitel des speciellen Theiles, welcher „von den Verbrechen wider das Leben und einigen damit verwandten Verbrechen" handelt, an die Hand, daß unter der in der Ueberschrift des Artikels genannten Medikasterei nicht sowohl die mit Ueberschreitung des Umfanges des Befugnisses zur ärztlichen Praxis geübte Heilkunde einer an sich zu dieser Praxis qualificirten Person, die zu polizeilicher Cognition gehört und die in der Regel als dem Leben Gefahr bringend nicht betrachtet werden kann, als vielmehr die in der Verordnung vom 31. Juli 1839, die Erledigung einiger Zweifel über die Competenz der Justiz und Verwaltungsbehörden ꝛc. betr. sub II. b., als criminell strafbar bezeichnete „eigentliche Medikasterei, d. h. die völlig unbefugte Ausübung der Funktion eines Arztes ꝛc." verstanden werden müsse.

22.

Zum Begriffe der Medikasterei. — art. 164. StGB.

Erk. vom 13. April 1859 ad no. 420/221. deff. J.

Die von der Angeklagten eingeräumte sympathetische Behandlung P.'s, welche darin bestanden hat, daß sie demselben zwei mit einigen lateinischen Buchstaben beschriebene Zettel, von denen der eine zum Bestreichen des Körpers des Kranken, der andere zum Umhängen um den Hals desselben bestimmt gewesen, eingehändigt, kann als Medikasterei nicht angesehen werden, indem zum Begriffe dieses Vergehens nach Artikel 164. des StGB. nothwendig gehört, daß sich jemand der Function eines Arztes 2c. angemaaßt, daher den Zustand des Kranken, wenn auch im minderen Grade, einer Prüfung und Begutachtung unterworfen und sein Mittel in ähnlicher Weise angeordnet hat, wie es der Arzt zu thun pflegt.

2c. 2c. Das Empfehlen eines Pflasters aus der Apotheke, wo bekanntlich dergleichen in der verschiedensten Art zum freien Verkauf und zur Benutzung ohne ärztliche Anordnung, also gewissermaaßen als Hausmittel, zu haben sind, stellt ebensowenig als die für einen Dritten besorgte Abholung eines solchen Pflasters aus der Apotheke als Anmaaßung einer ärztlichen Function sich dar.

23.

Die Anwesenheit des durch üble Nachrede Verletzten bei derselben schließt den Begriff der Verleumdung nicht aus. — art. 235. StGB.

Erk. vom 13. April 1859 ad no. 382/220. deff. J.

Der Annahme einer Verleumdung steht der Umstand, daß nach den Angaben in der Denunciationsschrift die fragliche Aeußerung in Gegenwart des Privatanklägers erfolgte, um deswillen nicht entgegen, weil aus Art. 235. in Verbindung mit den Eingangsworten des Art. 239. des StGB. hervorgeht, daß, sobald jemand einem Anderen gegenüber wider besseres Wissen einem Dritten eine entehrende Handlung beimißt, hierdurch auch dann, wenn dieser Dritte dabei gegenwärtig ist, eine Verleumdung verübt wird.

24.

Innerhalb des Strafmaaßes sind auch bei nach art. 278. StGB. qualifizirten Diebstählen die art. 277. angegebenen Straferhöhungsgründe zu berücksichtigen.

Erk. vom 16. Mai 1859 ad no. 527/507. deff. J.

Wenn auch die Bestimmung des Artikels 277., nach welcher die Strafen des einfachen Diebstahls unter den dabei bezeichneten Voraussetzungen geschärft oder bis zur Hälfte erhöht werden können, zunächst und in dieser Weise eben nur auf einfache Diebstähle zu beziehen, so wird doch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die betreffenden erschwerenden Umstände auch bei Abmessung der Strafe für ausgezeichnete Diebstähle innerhalb des Strafmaaßes nach Artikel 73. des Strafges. Buchs mit in Betracht zu ziehen sind.

25.

Bindfaden als Verschlußmittel in dem Sinne des Art. 278. sub 1. b. des StGB.

Erk. vom 28. März 1859 ad no. 322/316. deff. J.

In Betracht, daß das als ein zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmtes Behältniß anzusehende Schaufenster *) allerdings für in einer Weise verschlossen erachtet werden muß, daß dessen Eröffnung auf die auch von dem Eigenthümer geübte ordnungsmäßige Art insbesondere zu der von dem Diebe gewählten Zeit der Dunkelheit und mit der bei Ausführung des Diebstahls erforderlichen Schnelligkeit nicht erfolgen konnte, hiermit allenthalben aber auch der Angeklagte nicht nur nach dem von ihm abgelegten Zugeständnisse, sondern auch nach der von ihm eingeräumten Art der Eröffnung des vorhandenen Verschlußmittels, mittelst gewaltsamen Zerschneidens desselben, übereinstimmt, der verübte Diebstahl daher als ein nach Art. 278. sub 1. b. ausgezeichneter sich darstellt rc.

---

*) Durch Umschlingung der Flügelknöpfe mittelst Bindfaden, und Verknüpfung desselben.

26.

Das diebische Einsteigen in ein Gebäude von dem geschlossenen Hofraume aus fällt ungeachtet der Bestimmung im Schlußsatze des 278. Artikels des St.GB. unter die Vorschrift des nehmlichen Artikels unter 3.

Erk. vom 18. Juli 1859 ad no. 692/752. bess. I.

Nach seinen Geständnissen ist der Angeklagte D., als er am Morgen des 8ten Mai dieses Jahres im Hofe des dem Kaufmann Th. gehörigen Hauses zu P. sich befunden, in der Absicht zu stehlen in die Niederlage durch ein nach dem Hofraume herausgehendes nicht gehörig zugewirbeltes Fenster, welches er durch Rütteln geöffnet, eingestiegen und hat aus dem an die Niederlage anstoßenden Verkaufsgewölbe verschiedene, auf 1 Thlr. 23 Ngr. 8 Pf. taxirte Materialwaaren, sowie 4 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. baaren Geldes entwendet. Nach diesen mit den Angaben des Bestohlenen übereinstimmenden Geständnissen unterliegt die Subsumtion dieses Diebstahls unter die Vorschrift in Art. 278. Nr. 3. des StGB. keinem Bedenken. Wenn gleichwohl der Vertheidiger die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Diebstahl deshalb bezweifelt hat, weil D., als er den Beschluß, in die Niederlage einzusteigen und daselbst zu stehlen, gefaßt, in dem geschlossenen Hofraume des Hauses, mithin und da nach dem Schlußsatze des Artikels 278. zu den Gebäuden im Sinne der Vorschrift sub 3. auch der dazu gehörige geschlossene Hofraum nebst allen darin befindlichen Baulichkeiten jeder Art zu rechnen sei, in dem Gebäude, in welches er eingestiegen, sich bereits befunden habe, so ist dagegen zu bemerken, daß dem angezogenen Schlußsatze eine so weite Auslegung, wie vom Vertheidiger geschehen, nicht untergelegt und daraus die Absicht des Gesetzgebers, das Hauptgebäude und den dazu gehörigen geschlossenen Hofraum als ein in sich nicht zu trennendes Ganze zu betrachten, nicht abgeleitet werden kann.

Es ist vielmehr anzunehmen, daß durch den Schlußsatz in Art. 278. des StGB. der zu einem Hause gehörige geschlossene Hofraum dem Hauptgebäude im Sinne der Bestimmungen unter 1. a., 2. und 3. nur insofern gleichgestellt werden sollen, als der Dieb in diesen Hofraum einsteigt oder einbricht und die darin oder in

den daselbst befindlichen Baulichkeiten verwahrten Gegenstände stiehlt. Diese Auslegung findet ihre Begründung zugleich darin, daß durch jene Vorschrift der Begriff der Gebäude gegen die vom OAG. erst im Jahre 1846 gefaßte Ansicht, wonach unter Gebäuden im Sinne des Artikel 230. des Crim. Ges. Buchs nur solche Baulichkeiten, welche Umfassungswände und Bedachung haben, zu verstehen seien,

cfr. Neue Jahrbücher für sächs. Strafrecht IV. Band S. 494.

erweitert werden sollen.

cfr. Krug, Commentar III. Abth. S. 24. Nr. 5.

27.

Die gesetzliche Qualification art. 278. 1b. des Str.GB. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Dieb das verschlossene Behältniß, aus welchem er Gegenstände entwenden will, erst außerhalb des Raumes erbricht, in welchem er es ergriffen hat.

Erk. vom 15. Juli 1859 ad no. 711/737. deff. J.

Es lassen die dem Ergebnisse der übrigen Erörterungen allenthalben entsprechenden Geständnisse der K. hinsichtlich des von ihr mittelst Erbrechung verübten Gelddiebstahls bei der verehelichten M., da die verbrecherische Absicht der Thäterin nicht auf die Aneignung des Behältnisses, sondern des darin verwahrten Geldes gegangen ist, das Verbrechen also, nach diesem subjectiven Thatbestande, erst mit der gewaltsamen Eröffnung consumirt war, die Anwendung der Strafbestimmung Art. 278. unter 1b. vollkommen gerechtfertigt erscheinen.

28.

Einkriechen ist nur im engern Sinne dem Einsteigen gleichzuachten. — 278,3. St.GB.

Erk. vom 6. Juni 1859 ad no. 596/589. deff. J.

Daß das Einkriechen in einen geschlossenen Hofraum dem Uebersteigen desselben gleichsteht, ist nicht zu bezweifeln, allein es muß ein wirkliches Einkriechen stattgefunden haben, nicht ein, wenn auch schwieriges und in gebückter Stellung erfolgtes Eingehen, das nach dem gemeinen Sprachgebrauche ebenfalls mit dem Worte Einkriechen bezeichnet wird.

29.

Begriff der Waffe im 280. Art. d. St.GB.

Erk. vom 1. Juni 1859 ad no. 463/568. deſſ. J.

Es kommt für die Anwendbarkeit der Strafbestimmung Abschn. 1. Art. 280. des StGB. nichts darauf an, ob das in Frage befangene Pistol hat abgeschossen werden können oder nicht; es bleibt, selbst wenn der Thäter mit den dazu erforderlichen Zündhütchen zur angegebenen Zeit nicht versehen gewesen sein sollte, immerhin eine Waffe, geeignet zur Zurückschreckung der ihm bei der That Entgegentretenden und zu einer im Falle seiner Festhaltung leichter auszuführenden thätlichen Widersetzlichkeit.

30.

Betrug durch geschäftliche Empfehlung eines insolventen Käufers. — art. 284.

Erk. vom 11. Juli 1859 ad no. 514/727. deſſ. J.

Wenn P. dasjenige, wessen er in den Gründen des angefochtenen Erkenntnisses theils für bereits überwiesen, theils für dringend verdächtig erachtet worden, wirklich gethan und er also, mit Kenntniß von der damals bereits vorhandenen Insolvenz Sch.'s und lediglich in der Absicht, um auf diese Weise zu Deckungsmitteln wegen seiner Forderung gegen Sch.'n zu gelangen, den Kaufleuten B. und D. gegenüber den Stand der Vermögensverhältnisse Sch.'s als weit günstiger dargestellt, sodann aber einen großen Theil der auf diese Empfehlung hin von den genannten Kaufleuten an Sch.'n abgesendeten Waaren, zum Theil sofort nach deren Ankunft und noch in der ursprünglichen Verpackung, als Deckung für seine eigene Forderung gegen Sch.'n an sich genommen hat, so trägt diese Handlungsweise die Begriffsmerkmale eines sowohl unter Art. 284. und 285. des StGB., als unter Art. 245. des Cr. Ges. Buchs fallenden gemeinen Betrugs offenbar an sich. Denn P. hat solchenfalls durch factische Täuschung anderer Personen dieselben benachtheiligt und sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvortheil verschafft.

31.

Creditbetrug wird durch das Unvermögen zu rechtzeitiger Zahlung keineswegs ausgeschlossen. — art. 286. Abs. 3.

Erk. vom 15. Juli 1859 ad no. 722/743. deff. J.

Da der Angeschuldigte die Summen, in deren Besitz er sich durch wahrheitswidrige Angaben über seine Vermögensverhältnisse und beziehentlich unter Benutzung einer von ihm gefälschten Privaturkunde gesetzt und zu setzen gesucht hat, als Darlehne verlangt und auch, insoweit es ihm überhaupt gelungen, seinen Zweck zu erreichen, als solche erhalten hat, so kann demselben bei der Natur des Darlehnsgeschäfts so lange nur ein Creditbetrug zur Last gelegt werden, als nicht aus den übrigen Ergebnissen der Untersuchung mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, daß es gleich vom Anfange in der Absicht des Inculpaten gelegen, die ihm dargeliehenen Gelder nicht zu restituiren, sondern die Darleiher um dieselben zu bringen, da solchenfalls allerdings die im Artikel 286. sub 1. des StGB. erwähnten Voraussetzungen vorhanden sein würden.

Daß nun aber in den hier vorliegenden Fällen die betrügerische Absicht M.'s wirklich eine solche weitergehende strafbarere, und nicht blos auf die Erlangung von Credit gerichtete gewesen, läßt sich daraus allein, daß Inculpat später und bis jetzt noch nicht im Stande gewesen, seinen übernommenen Verbindlichkeiten nachzukommen, noch nicht so schlechterdings folgern, und da überdies die Bl. — angeführten Umstände sogar für die gegentheilige Annahme, nehmlich dafür sprechen, daß Inculpat, wenn schon er einen hohen Grad von Leichtsinn bei Eingehung seiner Schuldverbindlichkeiten an den Tag gelegt, doch dabei nicht allein den Willen, die erborgten Summen künftig zurückzuzahlen, sondern auch eine wenigstens nicht so ganz ungegründete Aussicht, die dazu erforderlichen Mittel zu erlangen, gehabt, so hat das OAG. in dem Gebahren des Angeschuldigten nur das Vergehen des Creditbetrugs zu erblicken vermocht.

32.

Vom Beweise der „wohlbegründeten Ueberzeugung". — art. 287. StGB.

Erk. vom 8. Juni 1859 ad no. 590/596. deſſ. J.

Abgesehen von der später zu berührenden Frage, ob nach den factischen Unterlagen in vorliegender Sache als zweifelhaft hätte betrachtet werden sollen, daß M. hinsichtlich der Bl. — gedachten Posten die wohlbegründete Ueberzeugung, die Gewähr zur bestimmten Zeit oder auf jedesmaliges Verlangen der Berechtigten ohne Verzug leisten zu können, nicht gehabt, läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß der Beweis einer solchen wohlbegründeten Absicht ein zweifelhafter sein könne, und daß, diesen Beweis zu führen, nicht, wie der Staatsanwalt meint, dem Angeklagten dergestalt obliege, daß das Mißlingen einer vollständigen Beweisführung zugleich auch das Nichtvorhandensein der gedachten wohlbegründeten Ueberzeugung darthue. Es ist zunächst wohl denkbar, daß ein Angeklagter diese Ueberzeugung gehabt, daß aber gleichwohl die Beweismittel dafür, z. B. wegen der Verdächtigkeit der Zeugen, nicht genügen, um den entscheidenden Richter zur unbedingten Anerkennung derselben zu bestimmen. Es würde demnächst aber auch eine große Härte und mit den Grundsätzen der Beweisführung in Strafsachen nicht vereinbar sein, wenn man, wie Bl. — geschieht, mit Hülfe des im Art. 289. unter 1. Abs. 2. des StGB. gebrauchten Worts: „Einwand" dem Angeklagten diesen, von ihm allerdings vorzugsweise zu beschaffenden Beweis mit der Wirkung aufbürden wollte, daß die Nichtvollständigkeit desselben zugleich ohne Weiteres das Nichtvorhandensein der erforderlichen wohlbegründeten Ueberzeugung involvirte ꝛc. ꝛc.

Nach der Ansicht des OAG. genügt nun aber freilich die bloße Hoffnung auf ein Darlehn zu Begründung der im Art. 287. des StGB. vorausgesetzten Ueberzeugung überhaupt nicht, vielmehr müßte das Darlehn für den betreffenden Fall nicht nur im Voraus zugesagt, sondern auch zur sofortigen Erhebung am Wohnorte des Empfängers bereitgehalten worden sein.

33.

Qualifizirte Unterschlagung durch Sachwalter. — art. 289/1. StGB.

Erk. vom 9. Mai 1859 ad no. 505/480. deff. J.

Wenn jemand die Eintreibung einer ihm gegen einen Dritten zustehenden Geldforderung einem Advokaten überträgt, so liegt hierin der Auftrag, die Forderung auf geeignete Weise, und zwar nach Befinden mittelst Klagandrohung oder, sobald dies nöthig wird, wirklicher Erhebung einer Klage, geltend zu machen, und da nun eine derartige Verfolgung eines fremden Forderungsrechts ausschließlich in den Bereich der advocatorischen Thätigkeit gehört, so gelangte Th., als er durch Ausführung des ihm, wie bei dem jetzigen Sachstande angenommen werden muß, von der S. ertheilten Auftrags zu Einziehung der fraglichen 100 Thlr. solche in seine Hände bekam, allerdings vermöge seiner Eigenschaft als Sachwalter in den Besitz dieses Geldes, ohne daß hieran der Umstand, daß es Behufs der Beitreibung der 100 Thaler zu einer Klaganstellung nicht gekommen war, etwas ändern kann.

34.

Für den Begriff der Fälschung ist es einflußlos, wenn der Name des angeblichen Ausstellers unrichtig geschrieben ist. — art. 311. StGB.

Erk. vom 21. März 1859 ad no. 300/299. deff. J.

Es ist nicht abzusehen, wie der Defensor hat behaupten mögen, daß die von dem Angeklagten zugestandene Fälschung deshalb als eine strafbare nicht angesehen werden könne, weil in der Unterschrift des angeblichen Ausstellers der Urkunde ein Buchstabe ausgelassen worden sei, diese fingirte Namensunterschrift also nicht genau der Unterschrift desjenigen entspreche, dessen Namen jener gemißbraucht habe, da doch, wie aus Art. 311. des StGB. klar sich ergiebt, bei Schriften, die zum Beweise der Wahrheit irgend einer Thatsache bestimm sind, oder doch hierzu dienen können, nicht einmal darauf, ob die Person, unter deren Namen selbige ausgestellt worden, wirklich existire oder nicht, etwas ankommt.

VI. Zu der Strafproceßordnung.

(Fortsetzung von Heft 1. S. 96.)

12.

Ueber den Werth der in der Voruntersuchung abgelegten Geständnisse für den Schuldbeweis.

Erk. vom 13. Mai 1859 ad no. 551/491. beff. Z.

Allerdings ist die Hauptverhandlung der Haupttheil des jetzigen Untersuchungsverfahrens; daraus folgt aber nicht, daß ein, während der Voruntersuchung seines Verbrechens geständiger, Angeklagter bei der Hauptverhandlung nur eben die früher abgelegten Geständnisse einfach zurückzunehmen brauchte, um sie der richterlichen Cognition zu entziehen. Er wird vielmehr **Gründe** für diese Zurücknahme anzugeben und dem erkennenden Richter zu überlassen haben, diese Gründe zu prüfen und nach Umständen das in der Voruntersuchung abgelegte, dem Angeklagten bei der Hauptverhandlung wieder vorgehaltene Bekenntniß, als der Wahrheit entsprechender, dem Leugnen in der Hauptverhandlung vorzuziehen.

13.

Beim Wegfall der Strafe des schwersten unter mehrern nach der Concurrenztheorie behandelter Verbrechen in zweiter Instanz ist ein neues Erkenntniß erster Instanz hinsichtlich der im ersten Erkenntnisse durch Concurrenz-Zuschlag geahndeten Verbrechen erforderlich.

Erk. vom 3. Juni 1859 ad no. 615/572. beff. Z.

Die unmittelbare Folge davon, daß die Strafe des Hauptverbrechens, dem Obigen zufolge, in Wegfall gelangt, ist die, daß

es bei dem vorigen Erkenntnisse auch im Uebrigen, wegen der Ahndung der Verbrechen bei 1. 3., nicht verbleiben konnte. Nach dem Strafsysteme des Criminalgesetzbuchs würde sich sofort in zweiter Instanz haben entscheiden lassen; bei den Concurrenzstrafen des Strafgesetzbuchs ist dies aber nicht möglich, denn als Concurrenzstrafe von zwei Monaten Arbeitshaus kann die ausgesprochene Ahndung der Verbrechen bei 1. und 3. nicht mehr bestehen, und ebensowenig kann die zweite Instanz wissen, wie die erste, wenn nur die Verbrechen unter 1. und 3. mit einander concurriren, erkannt haben würde, überhaupt auch eine härtere Strafe nicht an die Stelle der mildern Concurrenzstrafe setzen. Es blieb daher gar nichts anderes übrig, als das Erkenntniß insoweit aufzuheben und der ersten Instanz die neue Entscheidung anheim zu geben.

14.

Strafantrag wegen absichtlicher Körperverletzung schließt den eventuellen Strafantrag wegen fahrlässiger in dubio in sich — zu art. 35. StPO.

Erk. vom 8. Juni 1859 ad no. 599/597. deff. I.

Von einem Zusammenhange mehrerer Verbrechen in einer und derselben Handlung ist gar nicht die Rede. Es fragt sich blos, ob die Verletzung, welche der Angeklagte nach der Behauptung des Anklägers dem Sohne des Letzteren zugefügt hat, eine absichtlich zugefügte, oder eine aus Unbedachtsamkeit verursachte sei. Die eine Annahme schließt die andere aus. Das Gericht war demnach in Gemäßheit von Art. 35. Abs. 1. der StPO. in dem vorliegenden Falle um so weniger an eine irrige rechtliche Auffassung der Thatsache gebunden, als die vorsätzliche Körperverletzung als das schwerere, die fahrlässige als das leichtere Vergehen erscheint, und überhaupt die alleinige Bezugnahme auf Art. 167. den stillschweigend darin enthaltenen Strafantrag wegen Körperverletzung aus Unbedachtsamkeit nicht ausschließt. Dies geht auch aus der allgemein gehaltenen Ueberschrift dieses Artikels und der Vorschrift in Art. 175. des StGB. hervor, wonach die Strafe des letzteren Vergehens nach Verhältniß der in Art. 167. gesetzten Strafen bemessen werden soll.

15.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen Abschlagung der Vereidung eines Zeugen in einer Einzelrichtersache Seiten des Bezirksgerichts ist unzuläſſig. — Art. 85. 361. 383. StPO.

Erk. vom 14. März 1859 ad no. 264/277. deſſ. J.

Daß die gedachte, gegen Abschlagung der Vereidung des Zeugen K. gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde, weil nach klarer Vorschrift der StPO. in Einzelgerichtssachen die Entschließung darüber, ob die Vereidung eines Zeugen erfolgen solle oder nicht, lediglich in das Ermessen des Einzelrichters und, nach eingewendetem Einspruche, des Bezirksgerichtes gestellt worden, wider dergleichen in das Ermessen des Richters ausdrücklich gegebene Entscheidungen aber Rechtsmittel überhaupt nicht nachgelassen sind,

(vergl. Artikel 361. Absch. 1. verb. mit Art. 383. Absch. 3. und Art. 85. Absch. 4. der StPO.)

als unzuläſſig zu verwerfen.

16.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Gesetzanwendung eines Verweisungserkenntnisses ist nur dann zuständig, wenn der Angeschuldigte behaupten kann, daß die Strafverfolgung **überhaupt** unzuläſſig sei. — art. 242. II. StPO.

Erk. vom 7. März 1859 ad no. 241/245. deſſ. J.

Bei der Entscheidung über die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde hatte das OAG. nach der Natur dieses Rechtsmittels und nach den Bestimmungen in Art. 242. II. und Art. 246. Abs. 3. der StPO. auf Prüfung der Frage sich zu beschränken, ob diejenige Handlungsweise des Angeklagten, deren derselbe in dem Verweisungserkenntnisse für ausreichend verdächtig erachtet worden, aus dem Gesichtspunkte des Betruges oder nach Befinden, nämlich wenn die Bl. — gedachte Voraussetzung eintreten sollte, aus demjenigen der Unterschlagung strafbar erscheine. Insbesondere bedurfte die Richtigkeit der Ansicht des Verweisungserkenntnisses, daß, wenn Unterschlagung anzunehmen, diese für qualificirt zu achten sei, deshalb keiner Prüfung, weil

nach Art. 242. II. der StPO. dem Angeklagten gegen die Gesetzanwendung eines Verweisungserkenntnisses nur dann, wenn er behaupten kann, daß die Strafverfolgung überhaupt rechtlich unzulässig sei, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zusteht, und es mithin, sobald in dieser Richtung eine Nullitätsbeschwerde vorliegt, lediglich darauf, ob die fragliche Handlung überhaupt, nicht aber auch, nach welcher gesetzlichen Bestimmung sie strafbar sei, ankommt.

17.

Die Entscheidung des Ob.-App.-Ger. im Anklageverfahren präjudicirt der rechtlichen Beurtheilung der That im Hauptverfahren nicht. — Art. 297. 234 StPO.

Erk. vom 16. Mai 1859 ad no. 541/504 dess. J.

Der angezogene 234. Artikel der StPO. ist in dem lediglich von dem Anklageverfahren handelnden ersten Capitel der zweiten Abtheilung des besonderen Theiles enthalten, und es folgt aus dieser Stellung des gedachten Artikels von selbst, daß, wenn derselbe vorschreibt, das Bezirksgericht sei, wofern das OAG. über die rechtliche Natur der angezeigten Handlung bereits entschieden habe, an diese Entscheidung, insoweit nicht die thatsächliche Unterlage derselben durch spätere Untersuchungsergebnisse abgeändert worden, gebunden, diese Vorschrift nur für das Anklageverfahren und die darin zu ertheilende Entscheidung, keineswegs aber auch für das Enderkenntnis Geltung hat. In Ansehung des letzteren bestimmt im Gegentheile Art. 297 der StPO. ausdrücklich, das Gericht sei bei Fällung des Enderkenntnisses an die rechtliche Beurtheilung der dem Angeklagten beigemessenen strafbaren Handlung, von welcher das Verweisungserkenntniß oder die demselben etwa zu Grunde liegende Entscheidung des OAG's. ausgegangen, nicht gebunden.

18.

Der Vertheidiger verfällt der Strafbestimmung im Art. 320[3] der StPO., wenn er sein Außenbleiben in der Hauptverhandlung nur im Allgemeinen „wegen dringender Geschäfte" entschuldigen läßt.

Erk. vom 21. März 1859 ad no. 309/397 deff. J.

Dem Advocat kann das von ihm behufs seiner Entschuldigung beim Bezirksgerichte Gethane rücksichtlich seines unentschuldigt gebliebenen Außenbleibens keineswegs zur Entlastung gereichen, und zwar um so weniger, als selbst dann, wenn in Folge der von dem Advocat erlassenen telegraphischen Depesche der Expedient dasjenige, was er nach Inhalt dieser Depesche beim Bezirksgerichte anbringen sollte, rechtzeitig daselbst angebracht, mithin dem Bezirksgerichte zu gehöriger Zeit das Ausbleiben des Advocat K. in der Hauptverhandlung „wegen dringender Geschäfte" gemeldet hätte, doch hierin bei dem gänzlichen Mangel einer näheren Bezeichnung des Abhaltungsgrundes eine genügende Entschuldigung nicht würde haben gefunden werden können.

19.

Nichtigkeitsbeschwerde des Privatangeklagten ist begründet, wenn er nicht wegen der zu Anzeige gebrachten, sondern wegen einer andern, wenn schon von ihm zugestandenen, doch nicht denuncirten Aeußerung mit Strafe belegt worden ist. — Zu Art. 349 III. 1 StPO.

Erk. vom 9. Febr. 1859 ad no. 74/118 deff. J.

B.'s (des Denunciaten) Anwalt hat Bl. auf zwei Umstände hingedeutet, welche die dem Bescheide unterliegende Rechtsansicht als eine unrichtige erscheinen lassen.

Zunächst hat M. eine ihn verletzende Aeußerung denuncirt, die B. gegen den Begüterten G. sich erlaubt haben sollte. Nicht diese, von der G. selbst gar nichts wußte, sondern eine gar nicht zur Anzeige gebrachte Aeußerung gegen jenes G. Sohn hat B. zugestanden; er ist also wegen einer ganz anderen Aeußerung, als derjenigen, welche allein zur Bestrafung angezeigt worden, bestraft worden. Dazu kommt aber auch, daß die Bl. zugestandene Aeu-

ßerung eine materiell von der Bl. gerügten ganz verschiedene ist. Erstere würde gar nicht strafbar sein, wenn nicht etwa B.n, wovon zur Zeit nicht die Rede ist, nachgewiesen werden könnte, daß er gegen seine Ueberzeugung der Bl. erwähnten Aehnlichkeit gedacht; die von M. gerügte Aeußerung geht dagegen viel weiter, und involvirt den Vorwurf eines mindestens nach Art. 237 des Strafgesetzbuchs strafbarem Vergehens. Es war daher der Bescheid Bl. in Gemäßheit von Art. 349 unter III. 1. und Art. 377 der StPO. als nichtig aufzuheben und die Sache nach Art. 352. an das Gerichtsamt zur anderweiten Entscheidung zurückzuweisen.

20.

Die Vorschrift wegen Bekanntgebung des Beschlusses über Eröffnung der Untersachung an den Angeschuldigten ist für eine wesentliche das Untersuchungsverfahren betreffende Formvorschrift im Sinne des Art. 349. I. 1. St. P. O. zu achten.

Erk. vom 11. Juli 1859. ad no. 715/725. deff. J.

Nach den Bestimmungen der Artikel 358. Abs. 1. und 3. 361. Abs. 1. 115. Abs. 3. St. P. O. soll der Einzelrichter darüber, ob gegen einen Angeklagten die Untersuchung einzuleiten sei, eine Entschließung fassen, solche actenkundig machen und im Fall er die Einleitung beschließt, dies dem Angeklagten spätestens bei dessen erster Vernehmung eröffnen. Besagte, das Strafverfahren betreffende, Vorschriften sind für wesentlich zu erachten, indem der vor Gericht Stehende das allergrößte Interesse daran hat, gleich von allem Anbeginn in Erfahrung zu bringen, in welcher Eigenschaft er sich dem Gerichte gegenüber befindet. Nur solchen Falles wird es ihm möglich, sich bei Zeiten gegen etwaige, sei es nun in thatsächlicher oder in rechtlicher Beziehung, unbegründete Anklagen zu schützen und durch die ihm gesetzlich zu Gebote stehenden Mittel und Wege einer Untersuchung zu entziehen. Denn dies kann er der Natur der Sache nach nicht, wenn er nicht die Ansicht des Gerichts bestimmt und genau kennt. Bloße Vermuthungen hierüber, vielleicht hervorgerufen durch die Art und Weise seines Verhörs, durch die Be-

schaffenheit der an ihn gerichteten Fragen genügen nicht. Zu seiner Vertheidigung bedarf er der unzweifelhaften Gewißheit darüber, worum es sich eigentlich handelt und der Gesetzgeber hat es gewollt, daß ihm auch diese Gewißheit spätestens bei seiner ersten Vernehmung zu Theil werde. Ob in concreto aus der Verletzung der in Frage befangenen Vorschriften für den Angeschuldigten ein materieller Nachtheil entstanden sei oder nicht: dies ist, wenn nicht geradezu der Fall des Art. 244. der Str. Pr. Ordn. Platz ergreift (vrgl. Art. 377. Abschn. 2. und Art. 351. Abschn. 2.) und durch ein vollständig freispechendes Erkenntniß jener Formfehler sich völlig erledigt, bei der Frage, ob jene Vorschriften hätten in Anwendung gebracht werden sollen und insbesondere bei Beurtheilung einer auf deren Verletzung gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, ganz gleichgiltig. Der Angeklagte hat auf deren Anwendung ein Recht; an und für sich sind sie für wesentliche zu erachten, und nur allein bei der dem Angeklagten aus materiellen Gründen gestatteten Nichtigkeitsbeschwerde ist die Frage über seine etwaige Benachtheiligung in Betracht zu ziehen.

(Artikel 349. III. der St. P. O.)

21.

Fall der Zuläßigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft nach Art. 349. II. 1. St. P. O. bei erfolgter Klagfreisprechung.

Erk. v. 10. Juni 1959. ad no. 664/608. beff. J.

Nach Artikel 349. II. 1. der St. P. O. steht der Staatsanwaltschaft gegen eine in einem Enderkenntnisse enthaltene Freisprechung nur dann das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zu, wenn dadurch ein Strafantrag in Folge unrichtiger Gesetzesanwendung für rechtlich unzuläßig erklärt worden ist. Bringt man hiermit in Verbindung, daß, sofern das erkennende Gericht den Strafantrag für unzuläßig hält, nach Art. 302. Abs. 3. der St. P. O. Straffreisprechung zu erfolgen hat, so ergiebt sich, daß die Staatsanwaltschaft in der Regel nur gegen eine Straffreisprechung, nicht aber auch gegen eine Klagfreisprechung Nichtigkeitsbeschwerde ein-

wenden kann. Bloß dann kann von der Staatsanwaltschaft zulässiger Weise Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Klagfreisprechung erhoben werden, wenn sich aus deren Motivirung ergiebt, daß die betreffende Lossprechung nur aus Irrthum Klagfreisprechung genannt, ihrem Wesen nach aber nicht eine solche, sondern vielmehr eine Straffreisprechung ist.

22.

Die Vereidung der Zeugen in der Art. 282. St. P. O. vorgeschriebenen Form beruht auf einer das Strafverfahren betreffenden für wesentlich zu achtenden Vorschrift, deren Verletzung das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 349. I. 1. St. P. O. begründet.

Erk. v. 3. Juni 1859. ad no. 24/575. deff. Z.

Was dagegen die Art und Weise anlangt, auf welche der Eid abgefaßt ist, welchen M. unter Bezugnahme auf die Formel unter II. B. geleistet hat, so entspricht diese weder der gedachten Formel, noch der Vorschrift in Art. 283. der St. P. O., da dieser Eid nur auf einige, aus den Aussagen M's. hervorgehobene Punkte gerichtet und gewissermaaßen formulirt worden ist.

Nach der gesetzlichen Vorschrift soll in dem Falle, wenn die Vereidigung eines Zeugen nach erfolgter Abhörung vorgenommen wird, der Zeuge, welcher vor der Abgabe seiner Aussage an die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, erinnert und abgehört worden, beschwören, daß die von ihm in der Untersuchung erstattete Aussage durchgängig der Wahrheit entspreche und er wissentlich etwas zur Sache Gehöriges nicht verschwiegen habe. M's. Vereidung hätte sich daher auf seine ganze Aussage erstrecken müssen, wobei es sich von selbst versteht, daß es dem Gericht unbenommen war, dem Zeugen unmittelbar vor dessen Vereidung nochmals die wesentlichen Punkte seiner Aussage vorzuhalten.

Die Ansicht des Vertheidigers, daß man bei dieser Sachlage M. entweder gar nicht, oder über Alles hätte vereiden sollen findet daher in Art. 282. der St. P. O. und in jener Formel volle Begründung, und deshalb auch die hierauf bezügliche Nich-

tigkeitsbeschwerde, da eine, das Strafverfahren betreffende, für wesentlich zu achtende Vorschrift bei der Hauptverhandlung unrichtig angewendet worden ist, nach Maaßgabe von Art. 349. I. 1. der St. P. O. genügende Rechtfertigung. —

23.

Verletzung einer für wesentlich zu achtenden, das Strafverfahren betreffenden Vorschrift. — St. P. O. Art. 349. I. 1.

Erk. vom 1. Juni 1859. ad no. 626/567. deff. J.

Weil, wenn auch W. bei seiner Vernehmung Bl. die ihm zur Last gelegte Begünstigung R's. durch das zwischen ihm und demselben bestehende schwägerschaftliche Verhältniß nicht zu entschuldigen gesucht hat, doch, da die Angaben R's. Bl. darauf genügend hinweisen, daß W. lediglich durch dieses Verhältniß und keineswegs um eignen Vortheils willen oder aus eignem Interesse an der von R. verübten Entwendung, bestimmt worden sein möge, denselben wie geschehen, zu begünstigen, dem Untersuchungsrichter, der nicht nur die zur Ueberführung, sondern auch zur Entlastung eines Angeschuldigten dienenden Beweismittel sammeln soll, allerdings obgelegen hätte, vorerst diesen für die Entscheidung präjudiciellen Umstand zu erörtern und festzustellen, wenn dies aber auf den Antrag des Staatsanwalts erst neuerdings geschehen ist, in diesem Mangel des Verfahrens unbezweifelt die Verletzung einer für wesentlich zu achtenden Vorschrift liegt, welche insofern, als in Folge dessen zum Nachtheile des Angeschuldigten W. eine unrichtige Gesetzesanwendung stattgefunden hat, die gegen diesen Theil der Entscheidung zu Gunsten des letzteren von dem Staatsanwalte erhobene Nichtigkeitsbeschwerde vollkommen gerechtfertigt erscheinen läßt, so wird der Bescheid, insoweit darin W., unter Verurtheilung in die antheilig verursachten Unkosten, mit einer sechstägigen Gefängnißstrafe belegt worden ist, hiermit als nichtig aufgehoben; vielmehr ist W. in Hinblick auf die Bestimmung des Art. 72. des St. G. B. straffrei zu sprechen und sind die auf seinen Antheil kommenden Kosten Gerichtswegen zu übertragen. —

24.

Es bedarf nicht der Aufforderung an den Vertheidiger zur Akteneinsicht nach dem Schlusse der Untersuchung, das Gericht hat vielmehr nur die Einsicht auf Anmelden zu gestatten. — Art. 362. Abs. 3. St.P.O.

Erk. vom 25. Juli 1859. ad no. 813/784. deff. Z.

Weil eine vom Gerichtsamte O. in gegenwärtiger Sache verhangene Verletzung der Dispositionen in Art. 362 der St. P. O. durchaus nicht vorliegt, indem den Bestimmungen im ersten und zweiten Absatze dieses Artikels genügt worden, das im Eingange des dritten Absatzes Vorgeschriebene aber dem Gerichtsamte keineswegs die Verpflichtung, nach Schluß der Untersuchung den von dem Angeschuldigten gewählten Vertheidiger zur Einsicht der Acten aufzufordern, auflegt, vielmehr nur letzterem das Befugniß, nach Schluß der Untersuchung die Acten auf diesfallsiges Anmelden an Gerichtsstelle einzusehen, gewährt, hiernach auch durch den vom Defensor noch vor dem Actenschlusse gestellten Antrag, die Acten vor Ertheilung des Erkenntnisses Behufs der Vertheidigung des Angeklagten „zugänglich zu machen", dem Gerichtsamte die Verbindlichkeit, nach legaler Bekanntmachung des Actenschlusses an den Angeschuldigten, der Bescheidsertheilung eine Aufforderung des Vertheidigers zur Einsicht der Akten vorangehen zu lassen, umsoweniger erwachsen war, als der Vertheidiger dies nach der Wortfassung des obgedachten Antrages nicht einmal bestimmt verlangt hatte, zudem aber überhaupt es Sache des Vertheidigers war, wenn er vor der Bescheidsertheilung die Akten einsehen und nach Befinden noch etwas für den Angeklagten vorstellig machen wollte, zu diesem Behufe durch Letzteren den Zeitpunct der Bekanntmachung des Aktenschlusses rechtzeitig sich mittheilen zu lassen; so wird ꝛc.

25.

Der nach Art. 375. St. P. O. zulässige Legaleid ist hinsichtlich seines Gegenstandes nicht auf die angezeigte Ehrverletzung beschränkt.

Erk. vom 25. Juli 1859. ad no. 816/785. deff. J.

Was die Ausstellungen gegen die Entscheidung Bl. unter No. anbelangt, so ist nicht zu befinden, daß der erkennende Richter durch den dem Denuncianten nachgelassenen Eid gegen die Vorschrift Art. 375. der St. P. O. verstoßen habe, weil, wenn auch die Thatsache, welche durch diesen Legaleid in rechtliche Gewißheit gesetzt werden soll, nicht auf die gerügte Verleumdung selbst, sondern nur auf einen zum thatsächlichen Beweise mit gehörigen Nebenumstand sich bezieht, doch kein Grund vorliegt, die dem erkennenden Richter durch das angezogene Gesetz ertheilte Ermächtigung blos auf Thatsachen der ersteren Art zu erstrecken.

26.

Nichtigkeitsbeschwerde des Privatanklägers wegen unrichtiger Subsumtion ist unzulässig. — Art. 377. 32. 349. II. 1 St. P. O.

Verordn. vom 24. Jan. 1859. ad no. 55/34. deff. J.

Da das ꝛc. von dem Privatankläger ꝛc. eingewendete Rechtsmittel (Einspruch) bezüglich des ersten Beschwerdepunctes als Nichtigkeitsbeschwerde anzusehen ist, diese Nichtigkeitsbeschwerde aber unzuläßig erscheint, indem die St. P. O. (vergl. Art. 377. Abs. 2. und Art. 32. Schlußsatz verb. mit Art. 349. II. 1.) keineswegs dem Privatankläger deshalb, weil eine von ihm gerügte und im Enderkenntnisse für strafbar geachtete Handlung seiner Meinung nach einer anderen als der darauf angewendeten strafgesetzlichen Vorschrift zu unterstellen gewesen, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zugesteht; — so hat ꝛc.

27.

Nichtigkeitsbeschwerde des Privatangeklagten gegen das auf seinen Einspruch bestätigende Erkenntniß des Bezirksgerichts ist zulässig, wenn die erste Instanz im Hinblick darauf, daß die üble Nachrede nicht vollständig der Wahrheit entspreche, straft, die zweite mit Beiseitesetzung dieses Grundes um deswillen, weil die gerügte Aeußerung schon der Form nach eine beleidigende sei, bestätigt. Art. 385. St. P. O. — Zugleich zu Erläuterung des Art. 238[2]. des St. G. B.

Erk. vom 14. Febr. 1859. ad no. 71/138. dess. I.

Der Denunciant G. hat sich dadurch für beleidigt gehalten, daß der Denunciat, Gemeindevorstand F., in einem amtlichen Schreiben, in welchem er sich über ein von G'n. angebrachtes Gesuch um Concession zu Anlegung einer Schankwirthschaft gutachtlich zu äußern hatte, nicht nur eine von G'n. aufgestellte Behauptung als „schamlose Uebertreibung" bezeichnet, sondern auch über die Persönlichkeit G's. sich ungünstig geäußert, namentlich aber angeführt hatte:

> „G. sitze Tage lang in den Schänken, wandere von einer zur andern und gehe nicht selten betrunken nach Hause,"

ingleichen:

> „G. ergebe sich häufig dem Trunke, beginne dann meistens Zänkereien und Raufereien, sei auch als Raufbold hinlänglich bekannt."

G. stellte in Abrede, daß er ein solcher Trunkenbold und Raufbold sei, wie er nach F's. Darstellung zu sein scheine und verlangte des Letztern Bestrafung.

Das Gericht erster Instanz erkannte nach vorgängiger Instruirung der Sache auf einen Verweis für den Denunciaten unter Verurtheilung desselben in die Kosten, und stützte diese Entscheidung darauf, daß die von F. gegebene ungünstige Charakteristik G's. nicht allenthalben vollständig der Wahrheit entspreche.

Auf des Denunciaten Einspruch hat nun die zweite Instanz das erste Erkenntniß bestätigt, dabei jedoch ausdrücklich hervorgehoben, daß bei Aeußerungen, die schon ihrer Form nach als beleidigend anzusehen seien, die Wahrheit der zu Grunde liegenden That-

sachen solche nicht gänzlich entschuldige, und hat daneben den von der ersten Instanz angeführten Entscheidungsgrund nicht wiederholt.

Hieraus muß aber soviel entnommen werden, daß die zweite Instanz die von dem Ger.-Amte A. zu Begründung seiner Ansicht ausgesprochene richterliche Ueberzeugung von der Unwahrheit der F.-schen Beurtheilung G's. nicht getheilt, diese Angaben vielmehr für wahr erachtet und die Bestrafung F's. lediglich darauf gestützt hat, daß die in Frage befangenen Aeußerungen schon ihrer Form nach beleidigend seien.

Das OAG. kann jedoch hierin der vorigen Instanz nicht beitreten. Denn, soviel den Ausdruck „schamlose Uebertreibung" betrifft, so kann man ihn nicht unbedingt für beleidigend halten, da in demselben doch ein anderer Sinn als der: „G. habe sich nicht geschämt, zu übertreiben", der einfachsten Wortbedeutung nach, nicht enthalten sein kann, der Ausdruck: „Raufbold" aber nicht sowohl ein Schimpfwort, sondern eine in der deutschen Sprache begründete Bezeichnung dessen ist, der sich öffentlich in Raufereien hervorthut, wie denn ja der Denunciant selbst Bl. die in der incriminirten Schrift enthaltenen Aeußerungen F's. über das G'n. beigemessene öftere Trinken und Betrinken mit dem von F. nicht gebrauchten Worte Trunkenbold identificirt und daher deutlich zu erkennen giebt, daß er selbst auch dieses letztere Wort nicht für ein Schimpfwort, sondern für die richtige Bezeichnung eines in gewisser Weise sich verhaltenden Menschen ansieht.

Mußte man daher nach der Entscheidung des Bez.-Ger. P. bei Beurtheilung der eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde davon ausgehen, daß die von F. in Betreff G's. referirten Thatsachen in Wahrheit beruhen und hat der Denunciat, wie eben gezeigt worden, bei Erzählung dieser Thatsachen eine beleidigende Form nicht gebraucht, so konnte gegen ihn auch nach Art. 238. Abs. 2. des St. G. B. eine Strafe nicht ausgesprochen werden, und war daher das gefällte Straferkenntniß aufzuheben, dem Denunciaten auch eine Straffreisprechung nicht zu versagen.

28.

Nichtigkeitsbeschwerde des Privatanklägers gegen das Erkenntniß des BG. ist unzulässig, wenn solche gegen den Bescheid des Einzelrichters in gleicher Richtung vorzubringen gewesen wäre, jedoch in Bezug auf letzteren nicht eingewendet worden ist. — Art. 385. StPO.

Erk. vom 3. Jan. 1859. ad no. 1579/1519 von 1858.

Daß die gegen das Bl. ersichtliche bezirksgerichtliche Erkenntniß gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde, abgesehen davon, wie in materieller Beziehung das OAG. der von zwei Instanzen ausgesprochenen rechtlichen Auffassung des Falles auch seinerseits allenthalben beizutreten haben würde, um deswillen, weil das betreffende Rechtsmittel gleich gegen den Bescheid des Einzelrichters, welcher ganz auf derselben Beurtheilung der Thatsachen, als das Erkenntniß zweiter Instanz beruht, als Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen und auszuführen gewesen wäre, nunmehr aber nicht weiter statthaft ist,

(Vergl. Art. 385. der StPO. und Landtagsmittheilungen von 1854/55. Deputationsbericht der ersten Kammer S. 142.)

als unzulässig zu verwerfen.

29.

Zur Lehre von der Wiederaufnahme wegen neuer Thatsachen auf Antrag des Angeklagten. — Art. 390.

Erk. vom 19. Jan. 1859. ad no. 1540/1562. von 1858.

Die genauere Auskunft, welche J. auf das von ihm angebrachte Gesuch um Wiederaufnahme der wegen Betrugs wider ihn geführten Untersuchung nach Bl. zur Unterstützung dieses Gesuchs ertheilt hat, läßt das letztere als völlig unerheblich erscheinen.

Die von ihm nunmehr eingeräumte Thatsache, daß seine früheren Angaben rücksichtlich der in Frage befangenen Hypothek der 1100 Thaler durchgängig unwahr seien, ist keine neue Thatsache im Sinne von Art. 390 der StPO., vielmehr hat man J. in Betreff jener unwahren Angaben sowohl in erster als zweiter Instanz keinen Glauben geschenkt und die Hypothek für werthlos erachtet. Es wird daher nunmehr durch das Geständniß J's. blos bestätigt, was bereits als erwiesen angenommen worden ist.

Insofern J. noch neu hinzugefügt hat, daß an dem betrügerischen Gebahren außerdem zwei andere Individuen, die zur Zeit nicht zur Verantwortung und Strafe gezogen worden, betheiligt gewesen seien, so kann dieses Anführen wohl Erörterungen, ob die bezeichneten Individuen annoch zur Verantwortung zu ziehen seien, zur Folge haben, keineswegs aber zu einer Wiederaufnahme der Untersuchung in Betreff J.'s Veranlassung geben. Dieß ist um so weniger zweifelhaft, als durch die späteren Zugeständnisse des Antragstellers dessen Miturheberschaft an dem Betruge ihre weitere Bestätigung findet.

Nachtrag zu Heft 1. S. 15.

(Personalveränderungen ꝛc.)

Nachdem von Sr. Majestät dem Könige, in Folge Ablebens des Oberappellationsrathes Cuno (vergl. oben S. 211.) der zeitherige Bezirksgerichtsdirector, Justizrath Dr. Herrmann Römisch zum Oberappellationsrathe ernannt worden, erfolgte dessen feierliche Einweisung am 1. October 1859. Derselbe ist dem zweiten Senate zugetheilt.

In Folge eben jenes Todesfalles ist gleichzeitig der Oberappellationsrath Dr. Sintenis zum Mitgliede der Prüfungscommission (vergl. Heft 1. S. 13. B.) bestimmt worden.

Bei dem Oberappellationsrathe Dr. Sickel ist dessen Function als ordentliches Mitglied der Competenzcommission (vergl. Heft 1. S. 12. A.) nachzutragen.

III.

Ist das Verbot des Anatocismus auf kaufmännische Contocorrentverhältnisse anwendbar?

Von Dr. **Pöschmann.**

Zu den Vorkehrungen des Römischen Rechts gegen die Bedrückung der Schuldner in Folge Anschwellung ihrer Schuldbeträge durch Zinsen, gehört das Verbot des Zinseszinses (anatocismus). Früher üblich, und zu Ciceros Zeit sogar mit gewissen Beschränkungen des Zinsfußes durch das Edict gestattet, wurde er später durch Senatsbeschluß und kaiserliche Verordnungen theils untersagt, theils in enge Grenzen geführt.[1]) Im Jahre 529 endlich erließ Justinian in der L. 28. C. de usuris (IV. 32) ein auch die zeither gestatteten Fälle des Zinseszinses umfassendes allgemeines Verbot, welches er darauf in der L. 3 C. de usuris rei jud. (VII. 54) auch auf Judicatzinsen ausdrücklich auszudehnen für nothwendig erachtete.

Dieses Verbot ist zwar durch die Deutsche Reichsgesetzgebung[2]) ebensowenig, als durch particularrechtliche Bestim-

---

1) Vergl. Glück: Erl. d. Pand. XXI. S. 116. — Puchta, Institutionen III. §. 261.

2) Vgl. Glück: a. a. O. S. 118. 125. not. 77.

mungen ausdrücklich wiederholt, jedoch allerdings[3]) ganz im allgemeinen und auch in Bezug auf kaufmännische Geschäfte in einer Weise erwähnt[4]), daß man ersieht, wie der Gesetzgeber solches als gültig erachtet habe. Auch wird die Lehre vom Anatocismus sowohl gemeinrechtlich[5]), als particulär[6]) für practisch erachtet.

Darüber nun, daß diese Lehre bei kaufmännischen Geschäften, insbesondere bei s. g. Contocorrentverhältnissen geradezu zu Unzuträglichkeiten führt, ist allgemeines Einverständniß. Es bedarf nicht eines Eingehens auf die diesfallsigen Momente, da solche, theils in den Gründen eines Erkenntnisses des OAG. vom 27. Febr. 1849[7]), theils in der obbemerkten Abhandlung von Mothes[8]) in voller Kenntniß der einschlagenden Verhältnisse auseinander gesetzt sind.

Ja es ist von anerkannten Autoritäten[9]) und auch in Sachsen an maaßgebender Stelle[10]) ausgesprochen worden, daß jene Bestimmungen des Röm. Rechts durch eine derogatorische Gewohnheit des Handelsstandes abgeschafft sei.

Hat nun eine derartige Auffassung in der neueren sächsischen Spruchpraxis[11]), in Anlehnung an die Aussprüche anderer Rechtslehrer, Bedenken gefunden, so mag auch hier von

---

3) Mothes in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. VIII. S. 332 scheint dieß zu bezweifeln.

4) Reichspolizeiordn. v. 1530, Tit. XXVI. §. 1. v. 1548 und 1577. Tit. XVII. §. 1. — Torg. Ausschr. v. 18. Mai 1583 Tit. „vom Wucher" verbis „und dieselbe umschläget" (C. A. I. S. 140) — Wechsel-Ordnung v. 2. Oct. 1682 §. XXX. (C. A. II. S. 2044.)

5) vergl. u. A. Glück, a. a. O. S. 119.

6) Berger, Oecon. jur. III. VIII. X. nota 7. seq. — Curtius (Richter) Handbuch III. §. 1181.

7) Abgedruckt Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. VIII. S. 339.

8) Ebendas. S. 331.

9) z. B. von Savigny, System. I. S. 179.

10) vergl. die Verhandl. der 1. Kammer 1837.; Mittheil. 1097. ff.

11) vergl. Mothes, a. a. S. 332.

dieser Seite her eine Beleuchtung der Frage vermieden werden, da sich die Möglichkeit finden dürfte von anderen zu demselben Ergebnisse zu gelangen.

Greift man auf das Justinianeische Recht zurück, so scheint ein Moment für die Nichtanwendbarkeit der einschlagenden Bestimmungen auf Contocorrentverhältnisse der Jetztzeit aus dem Zwecke des Gesetzes in Verbindung mit den damaligen Feststellungen des Zinsfußes zu folgen. Offenbar fußt nämlich die ratio legis in dem humanen Bestreben zu verhindern, daß nicht auf indirectem Wege den Schuldnern ein Mehreres als das gesetzliche Zinsmaas zur Last falle. Allein dieses Zinsmaas war ein weit höheres als das h. z. T. bei kaufmännischen Contocorrentverhältnissen in Anwendung kommende. Es betrug im gewöhnlichen Leben 6% (semisses usurae) bei den Geschäften der Argentarien und Kaufleute sogar 8% (besses usurae)[12]), und es geben also die h. z. T. in Contocorrentverhältnissen angewendeten Zinseszinsen immer nicht so viel, als Justinian in derartigen Fällen für erlaubt ansah.

Dafür aber, daß das anscheinend absolute Verbot des Anatocismus mit Berücksichtigung des gestatteten Zinsfußes zu

---

12) L. 26. C. de usuris (IV. 32.) — In allen Codicibus liest man: Illos vero, qui ergasteriis praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae usurarum nomine in quocunque contractu suam stipulationem moderari. Man erklärt nun zwar ergasterium mit taberna mercenaria — Dirksen, Man. s. h. v. Allein wie es an sich nur taberna, in qua opifices operantur — Forcellini, Lexic. s. h. v. — ist, so erregt dieß in so fern ein Bedenken, als die Basiliken XXIII. III. 74. von ἀργυροπράται δὲ καὶ ἔμποροι d. i. argentarii vero et negotiatores sprechen; und nun allerdings eine Verwechselung der Worte: argentariis und ergasteriis wahrscheinlich wird. Jeden Falles mußte, was von negotiatoribus gilt, auch von argentariis gelten. — Wenn aber Puchta a. a. O. S. 31. not. y anzunehmen scheint, daß sich der Zinsfuß in der Praxis um 1/2% bei den centesimis also um 1/8 bei den bessibus erhöht habe, so möchte wohl eingehalten werden dürfen, daß diese siliquae diejenigen sind, welche Justinian in der L. 26. C. cit. ausdrücklich verbot.

interpretiren sei, hat sich die deutsche und insbesondere die sächsische Praxis insofern entschieden, als sie die Verabredung, daß der Gläubiger, dem ein Capital mit vieljährigen Zinsen geschuldet wird, dem Schuldner einen beträchtlichen Theil der Zinsen unter der Bedingung erläßt, daß dagegen die nicht erlassenen Zinsen zum Capitel geschlagen werden, und sich die Verzinsung dieser Summe versprechen läßt, für gültig erachtet, indem sie den Schuldner, der ohne die Bedingung zu erfüllen, den im Zweifel für ihn bei weitem günstigeren Erlaß nicht erlangen könnte, nicht um eines Gesetzes willen Nachtheil erleiden lassen wollte, welches doch nur zu Wahrung seines Vortheils gegeben worden[13]).

Diese Schlußfolgerung läßt sich übrigens speciell in Bezug auf kaufmännische Geschäfte nach der älteren sächsischen Gesetzgebung wiederholen, wenn man das Verhältniß des Mandates vom 10. März 1704 zu dem vom 12. Juli 1702[14]) berücksichtigt.

Inzwischen soll dieser Argumentation, welche, soweit sie das Justinianeische Recht betrifft, den Anatocismus ziemlich im allgemeinen für ausgeschlossen erscheinen lassen würde, ein besonderes Gewicht nicht beigelegt, hier vielmehr der Nachweis versucht werden, daß

1) dessen Verbot auf eigentliche kaufmännische Contocorrentverhältnisse schon nach der Auffassung, welche der heutigen sächsischen Gesetzgebung zu Grunde liegt, nicht anwendbar ist, und

2) daß diese Auffassung in der rechtlichen Natur der Sache begründet ist.

---

13) So erkannte das vorm. Appellationsgericht 1711 und die Juristenfacultät zu Wittenberg 1720. — Berger, Oecon juris III. VIII. X. not. 9. Wernher, Observ. for. V. 6. — Curtius, a. a. O. not. d., — Glück a. a. O. S. 125.

14) Vergl. C. A. II. S. 2076 — S. 2092 — Weiß, Criminalgesetzbuch 1. Ausg. III. S. 424. not. 2.

Zu 1.

Der Entwurf des Criminalgesetzbuchs, welches 1838 zu Publikation gelangte, und Art. 275 ff. vom Wucher handelte, enthielt bereits Art. 283 die Bestimmung:

> Die Strafbestimmungen gegen den Wucher leiden auf kaufmännische Geschäfte keine Anwendung

und sie wurde im Gesetze Art. 301 in den Maaße:

> Die Strafbestimmungen gegen den Wucher leiden auf eigentlich kaufmännische, diesem Gewerbsbetriebe eigenthümliche Geschäfte keine Anwendung

publicirt. Daneben bestand die Bestimmung des Art. 300:

> Ein wucherliches Geschäft ist nur in Bezug auf die dabei festgesetzten wucherlichen Bedingungen ungültig.

Aus den in dieser Beziehung besonders wichtigen, obgedachten Verhandlungen der I. Kammer ist zu erwähnen, daß nicht allein der damalige Referent (Sr. Majestät, der jetzige König von Sachsen) sich[15]) dahin aussprach:

> Es scheint ein Vorzug des Gesetzentwurfs zu sein, daß diese Art des Verbots, Zinsen von Zinsen zu nehmen, hinwegfällt, weil dieses Verbot practisch nicht mehr anwendbar ist, und die Handlung in dem Verkehr alle Tage vorkommen muß.

ferner der Königl. Commissar v. Wintersheim[16]) dahin:

> Es giebt eine Menge Sachen, wie z. B. Disconto, Wechselcours-Berechnungen, Conto-Courantrechnungen, von denen Niemand zweifelt, daß sie kaufmännische Geschäfte sind. Ich zweifele nicht, daß der Richter so viel Sachkenntniß und Umsicht haben wird, um im concreten Falle entscheiden zu können, ob es ein kaufmännisches Geschäft sei oder nicht. Gerade in dieser Beziehung würde ich einen Nachtheil finden, wenn im Laufe des gegenwärtigen

---

15) Mittheilungen S. 1099.
16) Mitth. S. 1097.

Landtags nicht zeitgemäß veränderte Bestimmungen über den Wucher stattfinden sollten, denn es würde außerdem noch die alte Bestimmung über den Wucher fortdauern.

endlich der Verfasser des Entwurfs, Königl. Commissar, D. Groß[17]) dahin:

Was den zweiten Punct[18]) betrifft, sind die früheren gesetzlichen Vorschriften über den Anatocismus ziemlich außer Gebrauch gekommen. Es ist auch wirklich die Strafbarkeit so schwer zu beurtheilen, und das Gesetz so leicht zu umgehen, daß die Regierung für angemessen gehalten hat, die Erhebung der Zinsen von Zinsen nicht zu erwähnen, sondern dem Ermessen des Richters anheim zu geben, in wiefern in einzelnen Fällen dabei eine eigentlich wucherliche Handlung vorliege. Hr. v. Hartz hat schon erwähnt, daß auf laufende Contocouranten bei den Geschäften der Kaufleute das Wort gar nicht anwendbar sei.

Bei den Debatten der zweiten Kammer im allgemeinen,[19]) wie bei denen zu Art. 301 (283) insbesondere[20]) kam ein anderes Resultat nicht zu Tage, und es ist nur noch zu gedenken, daß auch der Staatsminister von Könneritz[21]) ausdrücklich hervorhob, daß bei einem kaufmännischen Geschäft nicht beide Contrahenten Kaufleute zu sein brauchten, und daß der Banquier bei solchen zumeist neben der Provision, 6% Zinsen berechne.

Ist nun zwar in der Regel der Anatocismus nicht weiter als strafbar erachtet worden[22]), so trug man doch in der Praxis

---

17) Mitth. S. 1100.

18) Des Amendements des Abg. Hartz Mitth. S. 1099., wonach Art. 294. (276) eine Fassung erhalten sollte, welche unter Beibehaltung des Verbots des Anatocismus im Allgemeinen, den s. g. anat. separatus ausdrücklich ausnahm.

19) Mitth. S. 4090.

20) Mitth. S. 4116.

21) Mitth. S. 4119 ff.

22) Weiß a. a. O. S. 413 not. 14. — vergl. auch Mothes, a. a. O. S. 332.

Bedenken, ihn civilrechtlich im allgemeinen als gestattet zu erachten, weil bei Publication des Gesetzbuchs (Verordn. v. 30. März 1838) in §. III. ausdrücklich disponirt wurde:

> Auch verbleibt es bei den in einzelnen, bisher gültigen Strafgesetzen enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen, insofern nicht dieselben durch specielle Vorschriften dieses Gesetzbuchs aufgehoben oder abgeändert sind.

Es wurde dieß wohl auch nach wie vor auf Contocorrenten angewendet.

Will man inzwischen aus den dargelegten Vorgängen nicht ohne Weiteres folgern, daß diese Praxis wenigstens bei kaufmännischen Geschäften nunmehr eine ungerechtfertigte gewesen, so läßt sich aus jenen jeden Falles soviel mit Sicherheit entnehmen, daß sämmtliche Factoren der Gesetzgebung darüber einverstanden waren, daß die Beurtheilung der Frage: ob der formelle Anatocismus unter den Begriff des Wuchers, nicht blos im strafrechtlichen, sondern auch im civilrechtlichen Sinne falle, eine dem richterlichen Ermessen, namentlich auch mit Rücksicht auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr, offene sei; daß sich somit der Richter bei Ausübung seines pflichtmäßigen Ermessens nicht gegen den Willen des Gesetzgebers auflehnt.

Aus der Gesetzgebung von 1855 ist nur noch nachzutragen, daß hier Art. 340—348 des StGB. vom Wucher handeln, und insbesondere in Art. 347. no. 4. von den Wucherstrafen ausgenommen sind:

> eigentliche kaufmännische, diesem Gewerbsbetrieb eigenthümliche Geschäfte und Darlehen zum Betriebe von kaufmännischen und Fabrikgeschäften

daß ferner Art. 348 lautet:

> Das Zuschlagen der Zinsen zum Capitale soll in keinem Falle als strafbarer Wucher betrachtet werden.

daß endlich §. 4. der Publicationsverordnung vom 13. Aug. 1855 den Inhalt des §. III. der von 1838 im Wesentlichen wieder giebt.

Ist daher auch hier die Frage nicht direct gelöst, so darf doch soviel angenommen werden, daß durch die neueste Gesetzgebung das entwickelte Befugniß des richterlichen Ermessens nicht gestört ist. Daß dieses aber bei kaufmännischen Contocorrentverhältnissen mit Nothwendigkeit zu dem Ergebnisse führt, daß hier im Zweifel von Zinseszinse nicht die Rede sein kann, ist nunmehr zu zeigen.

Zu 2.

Zunächst mögen folgende technische Bemerkungen vorausgeschickt werden. Es sind hier[23]) zwei Contocorrenten entworfen,

23) Die Contocorrenten sind möglichst einfach entworfen. In der Praxis gestalten sie sich verschieden. Die Rechnung mit Zinszahlen ist absichtlich vermieden, ebenso der Ansatz von Provision. Auch die selbstverständliche Clausel S. E. & O. (salvis erroribus et omissis) ist weggelassen.

A.

Herrn X. in Dresden.

		Soll	Tage	5%								Haben	Tage	4%					
1858										1858									
Sept.	30	An Baar	90	5	—	—	400	—	—	Juni	30	Per Saldovortrag	180	21	—	—	1050	—	—
Decbr.	31	„ „					400	—	—	Octbr.	1	„ div. Coupons	89	4	28	3	500	—	—
		„ Saldo kommt Ihnen					770	28	3			„ Zinsen					20	28	3
							1570	28	3								1570	28	3
										Decbr.	31	Per Saldovortrag					770	28	3

Dresden, 31. Decbr. 1858.

Z. u. Co.

B.

Herrn Y. in Dresden.

		Soll										Haben							
1858										1858									
Juni	30	An Sldovrtrg	180	26	7	5	1050	—	—	Juli	1	Per div. Coupons	179	9	28	3	500	—	—
Decbr.	31	„ Zinsen					13	2	6	Decbr.	1	„ Baarzahlung	29	3	6	6	1000	—	—
		„ Saldo kommt Ihnen					436	27	4										
							1500	—	—								1500	—	—
										Decbr.	31	Per Saldovortrag					436	27	4

Dresden, 31. Decbr. 1858.

Z. u. Co.

wie sie etwa zwischen einem Banquier und einem Privatmann vorkommen können, der sich von ersterem, bei welchem er für 20000 Thlr. 5% Papiere hinterlegt hat, ein Contocorrent eröffnen ließ. Es wird halbjährig Ende Juni und Ende December mit Zinsrechnung zu Gunsten des Banquiers Z. u. Co. zu 5%, zu Gunsten des Privaten X. oder Y. zu 4% abgeschlossen und Contocorrent ausgefertigt, welches wenn es, wie in den gegebenen Beispielen, mit einem Saldoguthaben für den Privatmann schließt, zugleich ein Bekenntniß des Banquiers über die ersteren geschuldete Summe enthält.

Ueber das Depot ist besonderer Schein ertheilt, und dieses figurirt also im Contocorrent gar nicht.

In dem Falle unter A. bemerken wir zunächst in dem Haben des Privaten X. einen Saldovortrag pro 30. Juni von 1050 Thlr. —. —. Dieß ist der Uebertrag des Saldoguthabens aus vorigem Contocorrent. Wie es entstanden, ist nicht zu erkennen. Von diesem Saldovortrag sind dem X. auf 180 Tage = ein kaufmännisches Halbjahr à 6 Monat, à 30 Tage das ist bis zum Tage des Contocorrentabschlusses 21. Thlr. Zinsen ausgeworfen, obschon sich dieses Guthaben anscheinend bereits am 30. September durch eine Baarerhebung des X. um 400 Thlr. —. — vermindert hat. Dafür schreibt sich aber der Banquier Z. von diesem Tage ab ebenermaßen 5 Thlr. Zinsen auf 90 Tage zu Gute. Allein bereits am nächsten Tage muß er dem X. 500 Thlr. —. — an diesem fällige Coupons des Depots ins Haben und nunmehr auch 4. 28. 3. Zinsen davon auf 89 Tage in Ansatz bringen. Z. zahlt nun noch am 31. December 400 Thlr. —. —. baar an X. und belastet damit dessen Conto.

Bei dem Abschlusse werden nun die nur ausgeworfenen 25. 28. 3. Zinsen im Haben, abzüglich 5. — — Zinsen im Soll, mit 20. 28. 3. dem X. ins Haben; und dagegen 770. 28. 3. constituirtes Guthaben aus diesem Contocorrent, der Saldovortrag zu Gunsten des X. in dem neuen Contocorrent, für

das Semester 1. Jan. bis 1. Juli 1859 ins Soll gestellt, als wodurch sich dieses Conto ausgleicht. Scheinbar besteht nun dieses Guthaben des X. aus 750 Thlr. —. —. Capital und 20. 28. 3. Zinsen. Allein in der That enthält es auch nach gewöhnlicher Rechnungsweise im Wesentlichen keine Zinsen, da die Zahlung des B. vom 31. December im Zweifel zunächst sämmtliche bis dahin entstandene Zinsen und dann einen entsprechenden Theil des Capitalguthabens getilgt hätte. Nur eine ganz geringfügige Zinsspitze springt zu Gunsten des X. nach der Contocorrentrechnung gegen die gewöhnliche Rechnung heraus.

Betrachten wir dagegen den Fall unter B. so beginnt das Contocorrent mit einem Saldovortrage für Z. von 1050 Thlr. —. —. Z. berechnet sich davon auf ein halbes Jahr 26. 7. 5. Zinsen, obwohl dem Y. die Posten an 500 Thlr. —. —. vom 1. Juli und 1000 Thlr. —. —. baare Einlage am 1. Decbr. bis dahin zu Gute geschrieben sind. Allein dafür werden dem Y ebenfalls bis Ende des Jahres 9. 28. 3. und 3. 6. 6. Zinsen gut gerechnet, und nur die Zinsdifferenz an 13. 2. 8. dem Z. ins Haben, d. i. dem Y. ins Soll gebracht; wonach sich das Contocorrent mit einem Soll des Z. an 436 Thlr. 27. 4. ausgleicht, welches fürs neue Contocorrent pro 1. Januar 1859. ff. als Saldovortrag zu Gunsten des Y. erscheinen wird, nach diesem Contocorrent aber, als constituirtes Guthaben desselben sich darstellt.

Hier ist von Zinsen, welche unter diesem Guthaben befindlich seien, anscheinend gar nicht die Rede, da die Hauptcolonne des Habens des Y., in Betracht, daß die Zinscolonne des Z. überwiegt, eine Zinsengutschrift nicht führt.

In der That würde aber nach gewöhnlicher Rechnung eine Zinsenpost erscheinen, wenn man zum Saldovortrage des Z. an 1050 Thlr. —. —. eintägige Zinsen zurechnet, sodann 500 Thlr. —. —. Zahlung des Y. abrechnet, hierzu Zinsen des Restes bis ersten December hinzufügen, und die Summe von 1000 Thlr. —. —. Zahlung des Y. abziehen, nun aber von

dem zu Gunsten des Y. verbleibenden Capitalreste einmonatliche Zinsen für selbigen in Rechnung bringen wollte.

Während es also in dem Falle unter A ganz unbedenklich sein würde, das Guthaben des X. an 770 Thlr. 28. 3. als reines Capital zu betrachten, würden Manche versucht sein, in dem Falle unter B. wenn Y. den Saldo der 436 Thlr. 27. 11. nebst Verzugszinsen einklagt, aus jenem ein Zinsquantum auszuscheiden, womit die ganze Contocorrentrechnung zusammen, und die Möglichkeit eines präcisen Constituti hinwegfiele.

Dem tritt jedoch die rechtliche Natur des Contocorrentvertrages entgegen. Denn dieser führt es mit sich, daß man die Contocorrentperioden als geschlossene Abschnitte im Ganzen zu betrachten, die Capitalbeträge aber an sich erst mit dem Abschlusse für fällig zu erachten, die Conten im Soll und Haben an Capital und Zinsen gesondert aufzurechnen und nun auf beiden Seiten zunächst die Zinsen durch Compensation, theils mit Zinsen, theils mit Capital, auszugleichen hat, so daß dann der Saldovortrag nothwendig als reines Capitalguthaben erscheint.

Nach der oben als dem Contocorrentverhältniß nicht entsprechend, bezeichneten Berechnungsweise wird nämlich jede factische Zahlung in das Geschäft oder aus dem Geschäfte des Contocorrentgebers als Zahlung im rechtlichen Sinne d. i. als modus tollendarum obligationum betrachtet, sobald nur auf der anderen Seite eine Forderung vorhanden ist; ohne daß man sich darum kümmert, ob dieß in der Absicht des factisch Zahlenden liegt oder nicht. Man berücksichtigt nicht, daß das Gezahlte nicht Zahlung im rechtlichen Sinne zu sein braucht, sondern eben so gut ein darlehnsweiser Einschuß oder Vorschuß sein kann, welcher neben einer verzinslichen Schuld auf der Seite des Anderen, als verzinsliches Darlehn hinläuft; und daß die Füglichkeit das Guthaben auch im Laufe der Contocorrentperiode durch baare Erhebungen beliebig anzugreifen nicht den Begriff der Nichtfälligkeit aufhebt, sondern ebenso

wohl aus einer Zusage beliebiger darlehnsweise Vorschüsse erklärt werden kann; wie denn in der That nur diese Vorstellungsart dem kaufmännischen Contocorrentgeschäft eigen*), und durch Verabredung einer derartigen Verbindung bedungen ist.

Forscht man aber nach den Ursachen, welche dieses höchst einfache Rechtsverhältniß früher vielfach verkennen ließ, so möchten sich solche theils in einer Abneigung der Juristen finden, den kaufmännischen Ideengängen irgend welche Berechtigung zuzuerkennen und deren civilistische Begründung zu versuchen, theils aber auch in der älteren Auffassung des Axioms: compensatio fit ipso jure, welche es nicht zuließ, daß auf die Compensation verzichtet wurde [24]). Denn will man sich nicht an die Idee gewöhnen, daß Jemand auch auf Grund einer nicht fälligen Forderung, Zahlungen als Vorschüsse zu verlangen berechtigt ist, will man ferner Compensation auch wider den Willen der Contrahenten eintreten lassen, so gelangt man allerdings zu dem Resultate, welches oben bei Betrachtung des Contocorrentes unter B. als das der gewöhnlichen civilistischen Rechnungsweise bezeichnet wurde, damit aber zu einer Vernichtung aller Contocorrenten.

Wie man sich aber mehr und mehr gewöhnt hat, den Verkehrsverhältnissen Rechnung zu tragen, — die heutige Auffassung des Wechsels giebt das prägnanteste Beispiel — so kann auch nach neueren civilistischen Forschungen die Füglichkeit des Verzichtes auf Compensation, s. z. s. eines pactum de non compensando temporale nicht weiter bestritten wer-

*) Von dem OTrib. zu Stuttgart wurde in zwei — in Seufferts Archiv XIII. 1. no. 113 mitgetheilten Entscheidungen in Fällen, wo die Beurtheilung derselben die Beleuchtung der kaufmännischen Crediteröffnung auf laufende Rechnung als ein nicht zu theilendes Ganzes erheischte, S. 147 ebenfalls hervorgehoben, daß die einzelnen Anschaffungen des Creditnehmers nicht als wahre, die Auflösungen des Creditverhältnisses bezweckende Zahlungen angesehen werden können.

24) Dernburg, die Compensation S. 440. not. 2.

den[25]); und auch das OAG. hat, wenn schon es der Dernburgschen Theorie nicht in allen Richtungen gefolgt ist[26]), doch die Zulässigkeit des Verzichtes mehrfach insoweit anerkannt, als es für den vorliegenden Zweck erfordert wird.

Dürfte hiernach zur Gnüge nachgewiesen sein, daß in allen Fällen eines Contocorrentverhältnisses, wo auf beiden Seiten entsprechende Capitalansätze vorliegen, eine civilistische Auffassung unbedenklich ist, wonach man auf das Verbot des Anatocismus gar nicht zukommt, so würden sich allerdings dann Schwierigkeiten finden, wenn eine Seite keine Capitalansätze enthielte. Allein wie solche Fälle ohnehin zu den seltenen gehören, indem sie auf Voraussetzungen beruhen, welche dem eigentlichen kaufmännischen Geschäftsverkehr fern liegen, und entweder zu einer Kündigung des Contocorrentverhältnisses führen, oder nur zu Versteckung eines gemeinen Darlehns dienen; so wird, kommt ein solcher Fall in der Praxis ja vor, das richterliche Ermessen bei dessen Beurtheilung nicht beschränkt sein. Man kann solche Fälle als seltene Ausnahmen bei Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes dahin gestellt sein lassen.

Das OAG. sah sich bereits im Jahre 1849 in Anlaß des oben berührten Vorganges[27]) veranlaßt, die Frage wegen der Verzinsung des vorgetragenen Saldo's bei kaufmännischen Contocorrenten einer Plenarberathung zu unterziehen.

Es wurden die Fragen formulirt:

1) Ob der Anatocismus auch bei den gegenseitigen Contocorrenten der Kaufleute als verboten zu betrachten? und
2) ob wenn diese Frage zu verneinen sein sollte, die Gestattung der Berechnung von Zinseszinsen unter übrigens gleichen Verhältnissen auf Nichtkaufleute, wenn dieselben gewisse Geschäfte kaufmännisch betreiben, zu extendiren

25) Dernburg a. a. O.
26) vergl. diese Annalen I. S. 20. no. 2.
27) Zeitschrift a. a. O. S. 339.

sei? und mit großer Majorität erstere verneint, letztere bejahet.

Inzwischen war nach Lage der Sache zu einer Thesis [28]) nicht zu gelangen. Es wurde jedoch das Princip mehrfach z. B. unter dem 4. Novbr. 1857. ad no. 98/284 beim Rechtsprechen befolgt, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen.

Die Anschauung, welche jenem Beschlusse zu Grunde gelegen, kann aus den mehrberegten Entscheidungsgründen [29]) entnommen werden.

In neuester Zeit (Erk. vom 27. Oct. 1859 ad no. 468/456) kam die Frage in dem zweiten Senate anderweit zur Besprechung, und es wurde solche, in dem Sinne des Ergebnisses obberegter Abstimmung und vorstehender Ausführung entschieden.

28) Annalen I. S. 9.
29) vergl. not. 7. und 27.

Nachtrag zu Heft 1. S. 15. 96. Heft 3. S. 288.

(Personalveränderungen ꝛc.)

Nachdem Oberappellationsrath Dr. Heydenreich aus der Prüfungscommission (Heft 1. S. 13. B) ausgeschieden, ist zu deren Mitgliede Oberappellationsrath Dr. Pöschmann bestimmt, dieser dagegen der Arbeiten im III. Senate (Heft 1 S. 13 III) enthoben und dafür letzterem Oberappellationsrath Dr. Römisch zugetheilt worden.

Präjudizien.

I. Zu dem Strafgesetzbuche.

(Fortsetzung von Heft 3. S. 273.)

35.

Vorbereitungs- und Versuchshandlungen. — art. 39 f. 45. StGB.

Erk. v. 5. Octbr. 1859. ad no. 933/1053. beff. J.

Mag die Bestimmung der Grenzen zwischen solchen Handlungen, welche ein Verbrechen blos vorbereiten und solchen, welche den Anfang eines beabsichtigten Verbrechens enthalten, in manchen Fällen schwierig sein, so ist doch soviel gewiß, daß wo die Gesetzwidrigkeit des Willens mit einer äußeren Handlung verbunden wird die auf die Verübung des Verbrechens selbst gerichtet ist und diese den Anfang des Verbrechens bildende Handlung nur um deswillen den von dem Thäter beabsichtigten Erfolg nicht hat, weil ein außerhalb seiner Berechnung liegender äußerer Umstand dazwischen getreten ist, von einer bloßen Vorbereitung nicht mehr die Rede sein kann. Sobald daher aus der den Gegenstand und die Art des Verbrechens bezeichnenden Handlung ein Schluß auf den bestimmten und festen Willen des Handelnden, ein solches zu verüben, sich herleiten läßt, liegt unbezweifelt ein Versuch vor. Nun sind aber die Schritte, welche zu Folge der thatsächlichen Feststellung, die T.'schen Eheleute im Einverständnisse mit einander gethan haben, um sich durch Täuschung einen widerrechtlichen Vermögensvortheil auf

Kosten der Getäuschten zu verschaffen, unleugbar von dieser Beschaffenheit. Der dagegen Bl. erhobene Einwand ist nicht stichhaltig. Denn obschon für die richtige Würdigung der Handlungen, welche in der oft langen Stufenfolge der als Versuche eines Verbrechens bezeichneten Unternehmungen von der ersten Aeußerung des auf Begehung eines Verbrechens gerichteten Willens bis zu dem Acte, der das Verbrechen vollendet, vorkommen können, die geringere und größere Entfernung, in welcher eine dergleichen Handlung von der Ausführung absteht, insofern wichtig ist, als es darauf ankommt, zu bestimmen, ob der Versuch ein beendigter oder nicht beendigter sei, so liegt darin doch kein charakteristisches Merkmal für den Unterschied der bloßen Vorbereitungshandlung von der Versuchshandlung. Für diese Abgrenzung ist einzig und allein die Beschaffenheit des einer solchen Handlung zu Grunde liegenden Willens und die rechtsbedrohende oder rechtsgefährdende Natur der Handlung selbst maaßgebend. Ist der erstere auf die Verübung eines bestimmten Verbrechens gerichtet gewesen und manifestirt diese Willensrichtung sich in der letzteren, so hat ihr Urheber bereits begonnen, sich zum Urheber einer Rechtsverletzung zu machen, gleichviel ob diese Handlung, wenn nicht ein äußeres Hinderniß dazwischen getreten wäre, ohne weiteres zur Erreichung des beabsichtigten rechtswidrigen Erfolgs geführt haben würde, oder ob es dazu erst anderer, auf die Ausführung gerichteter Handlungen bedurft hätte. Denn der Anfang eines Verbrechens ist keineswegs auf das Beginnen derjenigen Handlung, welche das Wesen des eben in Frage befangenen Verbrechens ausmacht, zu beschränken, sondern es sind dahin auch diejenigen Handlungen zu rechnen, ohne welche die Ausführung des beschlossenen Verbrechens, den stattgefundenen besonderen Verhältnissen nach, nicht erfolgen konnte. Dies gilt auch bei einer gemeinschaftlichen Ausführung von den auf die Verübung des verabredeten Verbrechens gerichteten Handlungen der einzelnen Miturheber.

36.

Miturheberschaft bei Marktdiebstählen. — art. 50. 51. 53. StGB.

Erk. v. 12. Aug. 1859. ad no. 927/862. beff. J.

Auch das OAG. hat kein Bedenken getragen, Cl. verwittw. Sch. und deren Tochter J. verehel. H. als Miturheberinnen mindestens an denjenigen Diebstählen zu betrachten, welche, wie im vorigen Erkenntnisse als erwiesen angesehen worden, Pf. und die K.'schen Eheleute während des in Z. am 21. u. 22. März d. J. stattgefundenen Jahrmarkts erlitten haben.

Der Beweis dieser Miturheberschaft wird durch die bereits in den Motiven des vorigen Erkenntnisses angeführten, von der Ha. Bl. flg., von der Sch. Bl. und von Hi. Bl. zugestandenen Thatsachen begründet. Wenn nämlich hieraus zunächst hervorgeht, daß die Sch. mit der Ha., mit ihren beiden übrigen Töchtern, der J. und der Hi., sowie mit der verehel. Gl., in Folge gegenseitiger Verabredung und gemeinschaftlich am 21. März zum Jahrmarkte nach Z. gereist, daselbst sofort nach ihrer Ankunft auf den Markt gegangen sind, auch am folgenden Tage noch daselbst sich herumgetrieben, die Ha., welche von den übrigen Weibspersonen an gewissen Orten der Stadt zu Empfangnahme der Waaren aufgestellt worden, sowie die Sch. dem in der K.'schen Schänkwirthschaft zurückgebliebenen Hi. die daselbst am 22. März gefundenen Bl. unter Nr. 1. bis 30. verzeichneten, auf nahe an achtzig Thaler taxirten Waaren, insonderheit auch die von Pf. Bl. und von den K.'schen Eheleuten Bl. als von ihnen zu gedachtem Jahrmarkte gebracht, aber nicht verkauft, eidlich recognoscirten Waaren im Werthe von mehr als fünfzig Thalern, zum Transporte nach Böhmen nach und nach zugetragen haben, sowie daß damals die Sch. nach Bl. nur einen Gulden, die Ha. nach Bl. nur einen Gulden und wenige Kreutzer, die J. und die Gl. aber nach Bl. gar kein Geld bei sich geführt haben, so kann es keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß die Sch. und die Ha. nebst ihren vorgenannten Begleiterinnen in Folge gegenseitiger Verabredung, auf dem Jahrmarkte zu stehlen, nach Z. gereist sind und daselbst mindestens die von Pf.

und den K.'schen Eheleuten recognoscirten Waaren gestohlen haben, wie denn auch die Sch. Bl. bekannt hat, die Gl., die J. und die Hi. an den Pf.'schen Verkaufsladen begleitet, und von denselben, nachdem sie aus dem Laden zu ihr zurückgekehrt, Waaren, insonderheit nach der Behauptung Hi.'s Bl. auch das von den K.'schen Eheleuten recognoscirte Stück Mousselin sub 3. zur weiteren Abgabe an Hi.'n erhalten zu haben.

Wollte man aber auch den Angaben der Sch. und der Ha., daß sie die gedachten Waaren nicht selbst entwendet, sondern nur von den übrigen Weibspersonen zur Abgabe an Hi. in Empfang genommen, Glauben beimessen, so erscheinen sie doch nach Art. 50., 51. und 53. des StGB. nicht als bloße Gehülfen, sondern als Miturheberinnen der fraglichen Diebstähle, da sie die zugestandenen Handlungen, welche die Sicherung und Fortschaffung des Gestohlnen auch zu ihrem eignen Vortheile bezweckten, in Folge der gemeinschaftlichen Verabredung unternommen haben.

37.

Die Widersetzung eines bei der Entwendung betroffenen Diebes gegen seine Festnehmung ist nicht unbedingt als Fortsetzungshandlung des Diebstahles zu betrachten. — art. 77. StGB.

Erk. v. 23. Sept. 1859. ad no. 1407/1006. deff. J.

L. hat in der 2. Morgenstunde des 2. Juli 1859 in diebischer Absicht in das Gehöfte des Ritterguts D. sich eingeschlichen, aus dem Pferdestalle die Bl. verzeichneten auf vier Thaler und einige Groschen taxirten Gegenstände entwendet und, dabei von dem Tagelöhner R. betroffen, seiner Festnehmung längere Zeit und thätlich sich widersetzt.

Es liegt sonach ein einfacher, jedoch unter erschwerenden Umständen verübter, nach Art. 277. Nr. 5. zu beurtheilender Diebstahl in gedachtem Betrage und eine Widersetzung im Sinne des Art. 142. und 143. des StGB. vor.

Die Verfasser des vorigen Erkenntnisses haben Bl. unter Anwendung der gedachten und der weiteren Vorschriften in Art. 77., 82. u. 300. Abs. 1. des StGB. den Diebstahl u. die Widersetzung

als ein fortgesetztes Verbrechen angesehen, die deshalb gewählte Einsatzstrafe von vier Monat Gefängniß, wegen Rückfalls um zwei Monate verlängert, die hieraus sich ergebende sechsmonatige Gefängnißstrafe nach Art. 17. Abs. 2. Art. 35. in vier Monat Arbeitshausstrafe und diese in einjährige Zuchthausstrafe verwandelt.

Nach der Ansicht des OAG. würde auf anderem Wege zu derselben Strafe zu gelangen gewesen sein. Da L., als er zu gedachter Zeit in diebischer Absicht in das Rittergutsgehöfte sich einschlich, kaum vorhersehen konnte, daselbst betroffen zu werden, mithin nicht anzunehmen ist, daß er schon damals die auch nur unbestimmte Absicht gehabt habe, eintretenden Falles seiner Festnehmung sich zu widersetzen, so kommen die Vorschriften in Art. 78. flg. zur Anwendung, wonach bei concurrirenden, durch verschiedene Handlungen begangenen Verbrechen die wegen des schwersten auszuwerfende Strafe wegen der übrigen Verbrechen zu erhöhen ist. Als das schwerste der vorliegenden Verbrechen stellt sich die Widersetzung dar, da L. dieselbe nach den beschworenen Versicherungen R.'s Bl. und seinen Geständnissen Bl. längere Zeit fortgesetzt und dabei R.'n mittels eines Stöckchens die Hand blutig geschlagen hat. Es würde deshalb nach Art. 142. 143. des St.GB. mit viermonatlicher Arbeitshausstrafe einzusetzen, diese Strafe wegen des unter erschwerenden Umständen verübten Diebstahls im Betrage von vier Thalern und einigen Groschen nach Art. 275. 1. Art. 277. 5. Art. 78. um einen Monat zu erhöhen, die hieraus sich ergebende fünfmonatige Arbeitshausstrafe nach Art. 82. und 85. zu verdoppeln und nach Art. 300. Abs. 1. statt der zehnmonatigen Arbeitshausstrafe auf einjährige Zuchthausstrafe zu erkennen gewesen sein.

38.

Unterbrechung der Criminalverjährung. — art. 114. StGB.

Erk. v. 12. Oct. 1859 ad no. 1106/1077. deff. Z.

Der von der Fassung des letzten Absatzes im Art. 114. des StGB. entlehnte Einwand hat zwar etwas für sich, allein eben auch nur scheinbar. Das Criminalgesetzbuch enthielt die hier fragliche Bestimmung nicht, es ist aber von den erkennenden Behörden

das derselben unterliegende Princip, als aus der Natur der Sache selbst sich ergebend, fortwährend bei der Verjährungsfrage in Obacht genommen worden. Man würde dasselbe, aus gleichem Grunde, seit dem Eintritte der Geltung des StGB. in Obacht genommen haben, wenn auch dem Art. 114. die Bestimmung im letzten Absatze nicht beigefügt worden wäre. Auffällig ist nun zwar die unverkennbar zu enge Fassung dieses Absatzes, allein im Wesentlichen ändert sich hierdurch nichts, denn der Gesetzgeber hat des „Civilprocesses" offenbar nur als des am häufigsten vorkommenden Beispiels einer Unterbrechung des Strafverfahrens vorzugsweise gedenken, nicht aber damit, oder durch die Wahl der Fassung im Art. 129. der Strafproceßordnung ausdrücken wollen, daß andere nothwendige Unterbrechungen des Strafverfahrens als eigentliche civil processualische Streitigkeiten, hier also z. B. die Prüfung von Gemeindecassenrechnungen im vorschriftsmäßigen administrativen Wege, bei der Verjährungsfrage keine Beachtung erhalten dürften. Es ist hiernach, was den vorliegenden Fall betrifft, mit Grunde nicht in Zweifel zu ziehen, daß seit dem Bl. kundgemachten Beschlusse die Verjährung bis zu Wiederaufnahme der eigentlichen Untersuchung nach der Bl. erfolgten Erledigung der Gemeindekassen-Rechnungsangelegenheit geruht habe und daß der hierher gehörige Theil des Bescheids Bl. auf eine ganz richtige Anwendung des Gesetzes gestützt sei.

39.

Grenzlinie zwischen art. 142. und art. 153. d. StGB.

Erk. v. 19. Sept. 1859. ad no. 808/995. deff. J.

Daß die Bl. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde, da nach den thatsächlichen Feststellungen Bl. die Arretur V's. Seiten des Polizeidieners H. bereits begonnen worden, nun aber ein unter diesen Verhältnissen geleisteter thätlicher Widerstand nach den Worten des Art. 142. des StGB. „wer sich der Vollziehung von obrigkeitlichen Verfügungen widersetzt" ganz eigentlich unter die gedachte Strafvorschrift fällt, indem, wenn eine wirklich bereits vollzogene Arretur in Frage stände, vielmehr Art. 153. des StGB. Platz ergreifen würde, als unerheblich zu verwerfen, V. auch die durch dieses Rechtsmittel erwachsenen Kosten abzustatten, schuldig ist.

40.

Was ist unter „Behörde“ im art. 144. des StGB. zu verstehen?

Erk. v. 19. Sept. 1859. ad no. 1027/994. dess. J.

Wenn gleich G. bei der Bl. angegebenen Gelegenheit weder gegen das Gerichtsamt D., noch gegen den von demselben zu Leitung der fraglichen Verhandlung deputirten Gerichtsassessor M. selbst, sondern gegen die von letzterem zu seiner, G's., Entfernung befehligten Organe der Behörde sich thätlich widersetzt hat, so leidet doch auch nach der Ansicht des OAG. die Vorschrift in Art. 144. des StGB. gegen ihn Anwendung, da unter Behörde im Sinne jener Vorschrift auch ein einzelnes von derselben zu einer gewissen Handlung deputirtes, mithin sie repräsentirendes Mitglied zu verstehen ist, durch die in Gegenwart desselben gegen die Organe der Behörde verübte thätliche Widersetzung auf die Anordnungen der Behörde unmittelbar eingewirkt und die Nichtachtung derselben intensiver an den Tag gelegt wird.

41.

Ueber die Auslegung des Wortes „Gefangener“ in den Artikeln 153. 154. des StGB.

Erk. v. 12. Septbr. 1859. ad no. 860/968. dess. J.

Es ist irrig, wenn der Vertheidiger Bl. behauptet, als Gefangener sei nur derjenige zu betrachten, welcher in Folge richterlicher Entschließung oder Erkenntnisses seine Freiheit verloren habe, und im Gefängnisse oder in der Strafanstalt sich befinde. In den Art. 149. 150. des Entwurfs zu dem StGB., welche als Art 152. und 153. in letzteres übergegangen sind, standen vor dem Worte „befreien“ die Worte: „aus dem Gewahrsam“. Es sind diese Worte absichtlich entfernt und die Gründe dafür in den Deputationsberichten klar ausgesprochen worden. In dem Berichte der Deputation der ersten Kammer (vergl. Landtags-Acten I. Abth. 2. Bd. S. 171.) wird desfalls gesagt: die Worte: „aus dem Gewahrsam“ sind zu streichen. Die Bestimmung muß auch auf solche Fälle An-

wendung leiden, wo die betreffende Person zwar schon festgenommen, aber noch nicht in das Gefängniß gebracht worden ist.

Hiermit übereinstimmend heißt es in dem Deputationsberichte der zweiten Kammer (vergl. Landtagsacten I. Abth. 2. Bd. S. 137.): die Streichung dieser Worte sei erfolgt, um den Richter darauf hinzuweisen, daß sich der Gefangene nicht schlechterdings im Gefängnisse zur Zeit seiner Befreiung befunden haben müsse.

Mithin war Sch., nachdem er wegen angeblicher Theilnahme an einem Excesse von dem Polizeicorporal N. verhaftet worden war und nach der Schloßwache transportirt wurde, ein Gefangener im Sinne der obgedachten Artikel des StGB.

42.

Ueber die Nothwendigkeit, beziehentlich die Entbehrlichkeit des Gutachtens Sachverständiger — über die Form collegialisch abgefaßter Obergutachten — Unbrauchbarkeit zu Berufsarbeiten — art. 167,1. StGB.

Erk. v. 28. Sept. 1859. 983/1019. d. J.

Die Subsumtion des Straffalles unter das Gesetz, hier unter Art. 167. unter 1. des StGB., gehört vor den erkennenden Richter. Derselbe kann in einem Falle der jetzt vorliegenden Art allerdings leicht in die Lage kommen, sein Urtheil auf das Gutachten verschiedener Sachverständigen, theils ärztlicher, theils gewerblicher, zu stützen, wobei erstere sich über die Wirkung der fraglichen Körperverletzung auf den freien Gebrauch der Glieder des Verletzten und die Hoffnung der Wiederherstellung, letztere über den Einfluß der gehemmten Beweglichkeit der Glieder des Körpers auf den Betrieb ihres Gewerbes auszusprechen haben. Wie indessen Sachverständige jener Art in einem solchen Falle nicht leicht entbehrlich sein werden, so können es Sachverständige der letztern Art dann füglich sein, wenn aus dem ärztlichen Gutachten solche Hemmungen der freien Körperbewegung sich ergeben, welche mit dem Betriebe des fraglichen Gewerbes offenbar nicht vereinbar sind. Ein solcher Fall liegt hier vor. Mit Recht ist von den vorigen Urthelsverfassern Bl. als notorisch angesehen worden, daß die Stellmacherei zu den schwereren

Professionen gehöre, welche die ungehinderte und freie Beweglichkeit des ganzen Körpers, so wie die Fähigkeit, alle Stellungen desselben mit Leichtigkeit anzunehmen, unbedingt voraussetzen. Ueber diese Annahme, auch ohne Gutachten eines Sachverständigen aus dem Stande der Stellmacher, zu urtheilen, kann — obwohl dies der Vertheidiger Bl. bestreitet — dem erkennenden Richter um so weniger entzogen werden, als bei seinem Urtheile nur der Gesammtbetrieb des Gewerbes in Betracht gelangt, und wenn der Verletzte hierzu untauglich geworden, die Strafbestimmung im Art. 167. Abs. 1. des StGB. anwendbar erscheint, ob auch zu einzelnen Gewerbsverrichtungen der Verletzte noch brauchbar sein möchte. Dazu kommt hier, daß der Verletzte ein Lehrling ist, der, um Gesell und Meister zu werden, das Handwerk in seinem ganzen Umfange erst noch erlernen mußte und dabei natürlich keine Auswahl zwischen schwerern und leichtern Arbeiten treffen konnte und durfte. Nun braucht man aber nur die Schilderung in dem Obergutachten Bl. zu betrachten, um sich darüber klar zu werden, daß B. bei solcher Beschränkung und Hemmung in seinen Bewegungen dem Stellmacherhandwerke, wie überdies Bl. als Thatsache angeführt wird, sich nicht ferner widmen könne, und es ist diesfalls Bl. auch von der Zukunft keine Aenderung zu erwarten. Der Vertheidiger erhebt nun zwar Bl. anderweit in formeller Hinsicht Ausstellungen gegen das Obergutachten, allein ohne Grund. Man hätte von dem jetzigen Vertheidiger diese Ausstellungen um so weniger zu erwarten gehabt, als derselbe über deren Gehaltlosigkeit bereits mehrmals von dem OAG., z. B. in der Untersuchungssache wider J. H. U. und in der wider F. W. F., belehrt worden ist. Es mag daher hier nur in der Kürze wiederholt werden, daß für den Fall der Einholung eines Obergutachtens von einem Medicinalcollegio der Richter durch gesetzliche Vorschrift (§. 53. der Ausführungsverordnung vom 11. Aug. 1855 in Verbindung mit §. 13. unter 2. der Ausführungsverordnung vom 28. März 1835) an bestimmte, in Pflichteid stehende Collegien gewiesen und in dieser Beziehung an die wegen anderer sachverständiger Zeugen bestehenden Formen nicht gebunden ist. Die materiellen Bedenken des Vertheidigers sind ebensowenig stichhaltig.

Allerdings ist der Richter nicht absolut an ein eingeholtes ärztliches Obergutachten gebunden, allein man hätte hier in der That nicht den geringsten Anlaß, das wohlbegründete Obergutachten den demselben vorausgegangenen ärztlichen Begutachtungen hintanzusetzen, von denen übrigens das Gutachten des Bezirksarztes Dr. K. Bl. mit dem Obergutachten im Wesentlichen übereinstimmt, während auch der Dr. B., nach Jahresfrist und nach Schließung der Wunde, Bl. zu der richtigen Erkenntniß, daß sich der Zustand V's mit den Jahren kaum ändern werde, gelangt zu sein scheint und der Bezirksarzt Dr. S. Bl. die Hoffnung auf V's Wiederherstellung ebenfalls in die Ferne versetzt, woraus allein schon folgt, daß V., der diesen Zeitpunkt nicht müssig abwarten könnte, zu einer Berufsänderung gezwungen wäre. Will demnächst der Vertheidiger Bl. den Verfassern des Obergutachtens die Befähigung bestreiten, über V's Tauglichkeit zum Stellmacherhandwerke zu urtheilen, so hätte er sich seinerseits nicht auf das Gutachten der zuvor gehörten Aerzte Bl. berufen sollen; man hat indessen auf diesen Theil der ärztlichen Gutachten überhaupt wenig Werth zu legen, da insoweit der erkennende Richter, welcher im vorliegenden Falle für sein Urtheil des Gutachtens eines gewerblichen Sachverständigen nicht bedurfte, zu entscheiden hat. Ohne daher darauf ein Gewicht zu legen, daß bei der Hauptverhandlung der Vertheidiger Bl. selbst anzuerkennen schien, es sei V. zur Stellmacherprofession untauglich geworden, kann das OAG. nicht umhin, der Ansicht der vorigen Instanz beizutreten und die Strafbestimmung im Art. 167. unter 1. des StGB. auf W's Handlung objectiv für anwendbar zu betrachten.

43.

Räuberische Erpressung — Nöthigung — art. 178. 201. StGB.

Erk. v. 12. Aug. 1859 no. 934/861. d. J.

Der räuberischen Erpressung muß, wie überhaupt einer jeden Erpressung, stets die Absicht der Erlangung eines widerrechtlichen Vermögensvortheils zu Grunde liegen; es reicht hierbei aber nicht aus, daß der beabsichtigte pecuniäre Vortheil an sich und rein

objectiv betrachtet als ein rechtswidriger erscheint, sondern der Thäter muß auch die Rechtswidrigkeit desselben erkannt haben und sich derselben bewußt gewesen sein; seine Absicht muß eben so wie die des Räubers oder Diebes auf Aneignung fremden Gutes gerichtet gewesen und aus Gewinnsucht hervorgegangen sein; denn das StGB. betrachtet auch die Erpressung als Eigenthumsverbrechen und stellt dieselbe rücksichtlich ihrer Strafbarkeit, je nach der Art und Weise der Ausführung, dem Diebstahle und beziehentlich dem Raube völlig gleich. In dem vorliegenden Falle scheint jedoch der Inculpat, wenn schon er den ihm für seine Arbeit von den M'schen Eheleuten verwilligten Lohn ohne Einwendungen angenommen und sich auch auf specielle Rechtsgründe zu Unterstützung seines angeblichen Anspruchs auf eine Nachzahlung von 8 Ngr. nicht zu berufen vermocht hat, doch allerdings in dem festen Glauben gestanden zu haben, daß er wirklich verletzt worden, und daß er eine nachträgliche Erhöhung des Lohnes beanspruchen könne. Es ergiebt sich dies ins Besondere auch daraus, daß U. nach erfolgter Zurückweisung seiner Forderung durch die verehel. M. sein Absehen hauptsächlich nur noch darauf richtete, sich zu seiner Sicherstellung in den pfandweisen Besitz irgend eines in der M'schen Behausung befindlichen Gegenstandes zu setzen.

Hiernach mußte es überhaupt schon bedenklich erscheinen, dem Angeschuldigten eine Erpressung beizumessen. Was aber ins Besondere die ihm zur Last gelegte räuberische Erpressung anlangt, so gebricht es auch an den sonstigen in dem Art. 178. jct. Art. 177. des StGB. näher bezeichneten Erfordernissen; denn die Bl. erwähnten Drohungen, unter denen Inculpat die Zahlung von 8 Ngr. von der M. verlangt hat, waren, da sie nur auf Beschädigung fremden Eigenthums gerichtet, offenbar keine solchen, wie sie in den Art. 177. 178. des StGB. vorausgesetzt werden, und weitere Drohungen liegen nicht vor; durch die von U. später gegen die verehel. M. verübten Thätlichkeiten sollte letztere aber direct gar nicht zur Herausgabe des geforderten Geldes gezwungen werden: es wurden dieselben vielmehr erst durch das Einschreiten der M. gegen die von U. jetzt allein noch bezweckte Mitnahme eines Pfandes veranlaßt, und waren beziehentlich nur gegen dieses Einschreiten

gerichtet. Mußte nun auch unter diesen Umständen die dem Angeschuldigten Bl. wegen beendeten Versuchs einer räuberischen Erpressung nach Art. 177. 178. 179. 39 ff. 73. auferlegte zweijährige Zuchthausstrafe in Wegfall gebracht werden, so konnte doch die Handlungsweise U's einer strengen Ahndung nicht entgehen; denn wenn auch in derselben ein gewaltsamer Hausfriedensbruch um deswillen nicht erblickt werden mag, weil die M. selbst sich weder auf ein widerrechtliches Eindringen im Sinne des Art. 151., noch auf ein Verweilen in ihrer Wohnung wider ihren ausdrücklich erklärten Willen bezogen, und die nur beiläufig erfolgte Erwähnung einer hierauf bezüglichen Aeußerung der M. Seiten des Inculpaten Bl. nicht maaßgebend hierbei sein kann, so hat doch U. sich hierunter nicht allein einer strafbaren Selbsthülfe nach Art. 247. des StGB. schuldig gemacht, sondern er hat sich auch gleichzeitig gegen die noch weit härteren Strafbestimmungen der Art. 201. 143. 167. vergangen.

Als das schwerste der hiernach in Frage kommenden Vergehen stellt sich die Nöthigung dar, deren sich Inculpat dadurch, daß er die M. durch Bedrohung mit Beschädigung und Zerstörung ihres Eigenthumes zur Zahlung einer ihm angeblich noch schuldigen Summe von 8 Ngr. und durch Gewalt zu Duldung unerlaubter Selbsthülfe nöthigen wollen, schuldig gemacht, und es ist dem Inculpaten deshalb unter Berücksichtigung der übrigen ideell concurrirenden Verbrechen, unter denen namentlich auch die der M. zugefügten, mit Körperverletzungen verbundenen groben Mißhandlungen hervorzuheben sind, beziehentlich in Gemäßheit des Strafantrags nach Art. 201. junct. Art. 77. des StGB. Arbeitshausstrafe in der Dauer von 8 Monaten zuerkannt worden.

44.

Ueber die Erfordernisse für den Beweis der Absichtlichkeit beim Verbrechen der Brandstiftung — art. 208.—212. d. StGB.

Erk. v. 23. Septbr. 1859 910/1000. d. J.

Die räumliche Nachbarschaft verschiedener Gegenstände, von welchen nur einer in Brand gesteckt worden, kann als ein Indicium

für die Absicht des Verbrechers, auch die übrigen Gegenstände in Brand zu setzen, behandelt werden. Ebenso kann nach Befinden in dem Falle, daß die Flamme wirklich die benachbarten Gegenstände ergriffen hat, aus der Nachbarschaft derselben dieser Beweis des dolus soweit construirt werden, daß man den Thäter auch der vollendeten Brandstiftung an den benachbarten Gegenständen und zwar sei es dolo directo, sei es dolo indirecto oder culpa dolo determinata für schuldig erachten kann. Allein immer ist festzuhalten, daß das leitende Princip für die Beantwortung der Hauptfragen in dem Gebiete des Verbrechens der Brandstiftung der Gesichtspunct ist, von welchem der Gesetzgeber bei der Classificirung dieses Verbrechens als eines gemeingefährlichen mit Recht ausgegangen ist und daß hauptsächlich hiernach, weniger nach der allgemeinen Theorie von Dolus und Culpa und der daraus sich ergebenden Sonderung der Fälle im Gesetze unter genauer Bestimmung über das Maas des Dolus, die Arten der Brandstiftung, je nachdem zu der Gefahr für das Eigenthum die Gefahr für Personen hinzutritt oder nicht, scharf geschieden worden sind.

Hierbei hat die Frage: ob und wenn dem dolosen Brandstifter der ganze Erfolg seiner Handlung zuzurechnen sei, ihre consequente Erledigung von selbst gefunden. Es ergiebt sich dies zur Genüge aus den Bestimmungen Art. 209. unter 1a. und 2a. und Abschnitt 3. Art. 210. des StGB. Wenn dem anscheinend zuwider bei der Inbrandsteckung eigner Gebäude Abschn. 2. Art. 210. des StGB. des Falles, daß in Folge einer solchen Brandlegung fremde Gebäude in Brand gerathen sind, besonders nicht gedacht worden ist, so liegt dem nicht ein Uebersehen zu Grunde, sondern es findet seine Erklärung darin, daß die daselbst bestimmte Höhe des Strafmaaßes der Art. 209. unter 3. festgestellten ganz gleichgestellt worden ist, hiernach also die meist nur in concreto schwierig zu beantwortende Frage: ob der Thäter ebenfalls der vollendeten Brandstiftung an den fremden Gebäuden dolo indirecto für schuldig zu erachten sei, oder ob in dieser Beziehung ihm blos eine grobe Verschuldung zur Last falle, höchstens für die Auswerfung der Strafe innerhalb des gegebenen Strafmaaßes eine Bedeutung haben könnte, die jedoch nicht von der Art ist, daß der erkennende Richter bei Berücksich-

tigung aller Umstände nicht auch ohne deren Beantwortung die der Verschuldung des Thäters entsprechende Strafe zu finden im Stande sein sollte. Allein wenn auch hiernach der Ansicht, von welcher man bei Auswerfung der Strafe in erster Instanz ausgegangen ist, nicht beigestimmt werden konnte, so folgt doch hieraus keineswegs, wie der Defensor vermeint, daß diese Strafe herabgesetzt werden müsse. Dieselbe stellt sich, auch wenn man von den Bestimmungen Art. 47., 77. und 208. unter 3. des StGB. absieht und blos die Strafbestimmung Abschn. 2. Art. 210. im Auge behält, keineswegs als zu hart dar.

45.

Zur Auslegung von art. 235. und 237. d. StGB.

Erk. v. 5. Septbr. 1859 950/953. d. J.

Während der von der Verleumdung handelnde Art. 194. des CrGB. die Worte enthielt: „Wer rc. — fälschlicher Weise beimißt", sind diese Worte in dem entsprechenden Art. 235. des StGB. mit denen: „Wer wider besseres Wissen beimißt", vertauscht und es ist in den Motiven zu dem StGB. als Grund dafür angegeben worden, daß die Ausdrucksweise des CrGB., als zu objectiv gehalten, Veranlassung zu Zweifeln dargeboten habe. Die Anwendung des Art. 235. des StGB. setzt also nunmehr den Beweis voraus, daß der Angeklagte gegen seine eigne bessere Ueberzeugung die fragliche Beschuldigung ausgesprochen habe: der Unterschied, den man früher, nach der verschiedenen Fassung der Art. 194. und 197. des CrGB., hinsichtlich des Umfangs der Kenntniß des Angeschuldigten von der Unwahrheit seines Vorbringens bei der Verleumdung und falschen Denunciation statuirte, vergl.

Weiß, das CrGB., S. 537 fg. Ausg. 2.

Held und Siebdrat, das CrGB., S. 274 flg.

Neue Jahrbücher für sächs. Strafrecht, Bd. II. S. 19. und 304.,

hat gänzlich aufgehört und was ehedem, zufolge der Worte im Art. 197. des CrGB.: „dessen Unschuld ihm bekannt ist", bei der falschen Denunciation galt, das gilt, nach Maaßgabe der Worte „wider besseres Wissen" im Art. 235. des StGB., jetzt im Allgemeinen bei der Verleumdung, welche die als besonderes

Verbrechen nicht mehr vorkommende falsche Denunciation, als einen schwerern Fall, mit umfaßt. Nach der Ansicht des OAG. ist nun von dem Bez.-Ger. im vorliegenden Falle eben darin gefehlt worden, daß man, auf die gegen Art. 194. des CrGB. veränderte Fassung des Art. 235. des StGB. anscheinend kein besonderes Gewicht legend, die durch die Praxis angenommene Interpretation der Worte: „fälschlicher Weise beimißt" im CrGB., auf die geflissentlich veränderten Worte des StGB. „wider besseres Wissen beimißt" übergetragen hat. Dies ist jedoch, aus obigen Gründen, nicht zu billigen, und da nun M.'n durch das vorige Erkenntniß, daß er die Bl. zugestandene Meldung gegen sein besseres Wissen gemacht, nach dem richtigen Sinne dieser Worte, gar nicht beigemessen worden ist, so blieb nichts übrig, als ihn, wegen Nichtanwendbarkeit des Art. 235. des StGB. auf seine Handlungsweise, straffrei zu sprechen. Zwar ist

Krug im Commentar zum StGB. Abth. II. S. 166 fg.

der Ansicht, daß auf einen Fall der hier fraglichen Art der Art. 237. des StGB. anwendbar sei, allein die Verbreitung eines Gerüchts setzt dessen Vorhandensein voraus und der fragliche Artikel paßt demnach nicht auf denjenigen, der der Urheber der üblen Nachrede selbst ist. Das StGB. unterscheidet in den Schlußworten des Art. 130. selbst zwischen dem Ausstreuen und Verbreiten falscher Nachrichten. Allerdings scheint demnach dem OAG. die Lücke im StGB. vorhanden zu sein, deren Existenz der Verfasser des zuletzt angezogenen Commentars für den Fall zugiebt, wenn man eine objectiv wahrheitswidrige üble Nachrede, deren Urheber solche aber nicht wider besseres Wissen ausgesprochen hat, unter Art. 237. des StGB. nicht zu subsumiren hätte. Der von der Beleidigung handelnde Art. 239. des StGB. leidet, der ganzen Sachlage zufolge, auf die von M. gemachte Meldung nicht Anwendung; läßt sich solche nicht unter Art. 235. des StGB. bringen, so stellt sie sich eben als eine straflose dar.

46.

Ueber die Anwendung der Straferhöhungsgründe unter 4. und 7. im 277sten Art. des StGB.

Erk. vom 16. September 1859. 815/988.

Die in dem vorstehenden Erkenntnisse ausgesprochene Strafminderung beruht zunächst darauf, daß die Anwendung von Art. 277. unter 4. des StGB. auf den vorliegenden Fall nicht für gerechtfertiget erachtet werden konnte. Mag auch der Diebstahl von der F. im L.'schen Hause begangen worden sein, während der Strumpfwirker L. beim Wochenmarkte auf dem Marktplatze zu M. feil hielt, so steht es doch mit L.'s Abwesenheit vom Hause nicht im Geringsten im nothwendigen Zusammenhange, daß er, bei seinem Weggange, an einer einem Fremden zugänglichen Kammerthüre unvorsichtiger Weise den Schlüssel hatte anstecken lassen. Nun versteht es sich aber von selbst, daß durch Art. 277. unter 4. des StGB. nicht offenbare, nur zufällig während eines Wochen- oder Jahrmarktes vorkommende, damit gar nicht in Verbindung stehende Nachlässigkeiten bei Verwahrung des Eigenthums geschützt, und an dem Diebe, der sich solche zu Nutzen macht, durch eine härtere Strafe geahndet werden sollen, sondern daß es mit jener Gesetzesvorschrift nur auf Schutz der, unter andern bei Märkten, erschwerten Aufsicht über das Eigenthum abgesehen ist. Eine Straferhöhung auf den Grund von Art. 277. unter 4. des StGB. konnte daher im vorliegenden Falle überhaupt nicht Platz ergreifen und die weiter in der vorigen Entscheidung angezogene Bestimmung im Art. 277. unter 7. des StGB. vermag für sich allein wenigstens das Bl. angewendete höchste Maas der Zusatzstrafe von drei Monaten Arbeitshaus nicht zu rechtfertigen. Mit Recht ist wegen Anwendung der Vorschrift im Art. 277. unter 7. nicht auf der verehel. F. frühere zahlreiche Bestrafungen überhaupt, sondern Bl. darauf Beziehung genommen worden, daß sie, um die Zeit des jetzt fraglichen Diebstahls, deren mehrere begangen hatte; es kann diesfalls aber auch nicht ganz außer Berücksichtigung bleiben, daß wegen der übrigen, zum Theile hinter den jetzigen Diebstahl fallenden, Bl. die Anwendung von Art. 277. unter 7. bereits stattgefunden

hat, und daß, wenn auch hierdurch diese Anwendung auf den jetzt vorliegenden Fall, bei der eintretenden besonderen Bestrafung, nicht ausgeschlossen wird, doch eine Erhöhung der jetzt erkannten sechsmonatigen Arbeitshausstrafe um einen Monat, unter diesen Umständen, als ausreichend erscheinen durfte.

47.

„Schaden" nach art. 288. StGB.

Erk. v. 3. Aug. 1859. no. 670/831. d. J.

Da der Angeschuldigte eingeräumt hat, daß er 18 Stück goldne Ringe, die ihm vom Goldschmidt B. zum Ciseliren anvertraut worden, ohne Wissen und Genehmigung B.'s und ohne die wohlbegründete Ueberzeugung, dieselben rechtzeitig wieder einlösen zu können, an den Meubleur W. auf 14 Tage für 25 Thlr. —= —= versetzt habe, so konnte es sich, was die Anwendung des Art. 288. des StGB. auf den vorliegenden Fall anlangt, bei der völligen Unerheblichkeit aller sonstigen von dem Vertheidiger Z.'s Bl. dagegen vorgebrachten Einwendungen lediglich noch um die Frage handeln, ob aus der gedachten Verpfändung ein Schaden für B.'n als den Berechtigten entstanden ist? da der angezogene Artikel allerdings die Existenz eines solchen Schadens, nach dessen Höhe die Strafe der Unterschlagung eintreten soll, voraussetzt. In dieser Beziehung hat jedoch den Gründen der vorigen Instanz Bl. vollständig beigetreten werden müssen. B. wurde des Vindicationsrechts, das ihm von Anfang an allerdings W.'n gegenüber zustand, dadurch, daß letzterer die Ringe nach Ablauf der Einlösungsfrist weiter bei dem Leihhause zu L. für 20 Thlr. versetzte, verlustig und es entsprang hieraus für ihn ein Schaden nach Höhe des angegebenen Pfandschillings, da er nunmehr blos gegen dessen Entrichtung sein Eigenthum wieder erlangen konnte. Wurde nun auch dieser Schaden zunächst und direct durch eine Handlung W.'s herbeigeführt, so hat doch der Angeschuldigte jedenfalls zu dieser Handlung und zu deren Folgen dadurch, daß er die fraglichen Ringe überhaupt widerrechtlicher Weise verpfändet, und daß er dieselben

binnen der verabredeten Frist nicht wieder eingelöst hat, Veranlassung gegeben, und er muß sich diese Folgen daher auch anrechnen lassen.

48.

Betrügerischer Bankerott art. 304. 305. 306. StGB.

Erk. v. 26. Aug. 1859. no. 993/904.

Die von dem Vertheidiger des Angeschuldigten gegen die Anwendbarkeit der in den Artt. 304. 305. Nr. 2. und 306. des StGB. enthaltenen Bestimmungen auf den vorliegenden Fall erhobenen Einwendungen stellen sich als völlig unerheblich dar. Es gnügt für die Annahme eines betrügerischen Bankerotts vollständig, daß die in den angezogenen Gesetzstellen bezeichneten Handlungen in der Absicht, die Gläubigerschaft zu bevortheilen, vorgenommen worden, und die Strafbarkeit derselben wird dadurch, daß diese Absicht nicht erreicht, der bezweckte Nachtheil vielmehr von der Gläubigerschaft durch rechtzeitige Entdeckung des Verbrechens annoch abgewendet worden, in keiner Weise ausgeschlossen. Was dagegen den Zeitpunct anlangt, von welchem an die im Art. 304. sub 2. und im Schlußsatze desselben Artikels erwähnten Verfügungen über die Masse für widerrechtlich und strafbar zu achten sind, so war derselbe hier auch in Betreff der dem Angeschuldigten beigemessenen Begünstigungen einzelner Gläubiger vor andern unzweifelhaft bereits eingetreten, denn die hierauf bezüglichen Handlungen sind nach Bl. flg. nicht allein nach Erstattung der Insolvenzanzeige, sondern auch nach der vom Gerichte hierauf resolvirten und dem Angeschuldigten bekannt gemachten Eröffnung des Concurses von Letzterem vorgenommen worden.

Nun würde zwar insoweit, als Inculpat geständigermaaßen nach dem ebenbemerkten Zeitpuncte nach Bl. eine Summe von 8 bis 10 Thalern — die Einnahme der beiden letzten Tage — aus der im Ladentische befindlichen Casse an sich genommen und bei Seite gebracht hat, der Anwendung des Art. 306. des StGB. an sich und in Hinsicht auf das nicht unglaubhafte Anführen B.'s, wie er mit diesem Gelde nur seinen Lebensunterhalt für die nächste

Zeit habe bestreiten wollen, ein Bedenken nicht entgegengestanden haben, da sich jedoch die Unredlichkeit L.'s hierauf nicht beschränkt hat — unter welcher Voraussetzung allein die milderen Vorschriften des Art. 306. des StGB. Platz ergreifen können — sondern derselbe, um sein Vergehen zu verdecken, nach Bl. einen falschen Eintrag in sein Cassabuch gemacht hat, so konnte er schon allein in Folge dieses Erschwerungsgrundes nach Art. 305. sub 2. des StGB. einer Zuchthausstrafe in der Dauer von mindestens einem Jahre — vergl. Art. 32. des StGB. — nicht entgehen; es durfte jedoch auch auf dieses Strafminimum — wie außerdem unter den obwaltenden Umständen wohl geschehen sein würde — in dem gegenwärtigen Falle um deswillen nicht erkannt werden, weil sich Inculpat auch noch nach anderer Richtung hin, und zwar durch die Bl. fg. sub 2. und 3. gedachten Handlungen gegen die Vorschriften des Art. 304. des StGB., vergangen. Das OAG. hat aber demungeachtet in Erwägung, daß nach der Ansicht der vorigen Instanz L. auch in dem Falle sub 2. Bl. nur die Absicht gehabt, seine Mutter wegen der ihm gemachten bedeutenden Vorschüsse theilweise zu befriedigen, und daß derselbe überhaupt bei seinem ganzen Verfahren mehr unüberlegt, als geradezu böswillig und planmäßig gehandelt, eine Herabsetzung der Bl. jcto Bl. wegen des betrügerischen Bankerotts für verwirkt erachteten Zuchthausstrafe von einem Jahre und neun Monaten auf eine dergleichen in der Dauer von einem Jahre und drei Monaten für zulässig und angemessen erachtet, wogegen es bei der einmonatigen Erhöhung der Einsatzstrafe wegen des concurrirenden leichtsinnigen Bankerotts — vergl. Bl. jct. Bl. sub A. — nach Art. 78. jct. Art. 308. des StGB. zu bewenden hatte.

49.

Die art. 308. des StGB. ausgehobenen schwerern Fälle leichtsinnigen Bankerotts können nach Beschaffenheit des Falles auch **neben** dem böslichen Bankerott zur Strafe gezogen werden.

Erk. v. 19. Septbr. 1859. 876/997. d. J.

Die erwiesenen Thatumstände, deren in den Rationen des Erkenntnisses erster Instanz Bl. gedacht wird, begründen in ihrem

Zusammenwirken die vollständigste richterliche Ueberzeugung, daß F. die sämmtlichen Bl. unter a. bis mit g. aufgeführten Gegenstände im Hinblick auf die bevorstehende und beziehentlich auf die bereits geschehene Insolvenzerklärung absichtlich und mit dem Vorsatze, dieselben für sich zu behalten, beseitigt und verheimlicht habe. Daß dieses Gebahren unter Art. 304.[1]. des StGB. fällt, ist ebenso zweifellos, als daß der vorliegende bösliche Bankerott den im Art. 306. erwähnten geringeren Fällen dieses Verbrechens nicht beigezählt werden kann. Mit Recht hat also die vorige Instanz die Strafbestimmung im ersten Satze des Art. 305. gegen den Angeklagten in Anwendung gebracht. Die Strafhöhe anlangend, erscheint die dem Angeschuldigten auf Grund von Art. 305. und 73. des StGB. zugemessene achtmonatige Arbeitshausstrafe keineswegs zu hart, sobald man den über 85 Thaler ansteigenden Werthbetrag der vom Angeklagten der Gläubigerschaft entzogenen Gegenstände und den die Strafbarkeit des Falles erhöhenden Umstand in Betracht zieht, daß F. bei der am Tage der Insolvenzerklärung durch das Gerichtsamt L. vorgenommenen Consignation seines Besitzthums vor der wahrheitswidrigen Verneinung der an ihn gerichteten Frage, ob er außer den aufgezeichneten Effecten noch andere besitze, ausdrücklich auf die Strafen des böslichen Bankerotts hingewiesen worden war. Es hat sich aber der Angeklagte über jene Strafe um so weniger zu beschweren, als er nach den thatsächlichen Feststellungen des erstgerichtlichen Erkenntnisses Bl. zu einer Zeit, wo er seine Zahlungsunfähigkeit kannte und keine gegründete Hoffnung, dieselbe zu heben, hatte, annoch für sein Geschäft Waaren im Werthe von über 2000 Thlr. aufgenommen, er also neben dem Verbrechen des böslichen Bankerotts auch noch einen der im Art. 308. des StGB. aufgeführten schwereren Fälle des leichtsinnigen Bankerotts sich zu Schulden gebracht hat, und nun wegen des letztgedachten Verbrechens der für den böslichen Bankerott ausgeworfenen Strafe ein Concurrenz-Zuschlag hätte beigefügt werden sollen. Der Grund, weshalb die vorige Instanz nach Bl. sich für behindert geachtet, den vorliegenden leichtsinnigen Bankerott als gesondertes Verbrechen in Betracht zu ziehen, ist nach Dafürhalten des OAG. unrichtig. Denn durch die im Eingange des Art. 308.

des StGB. zu lesenden Worte: „außer dem Falle des böslichen Bankerotts", hat nach Ansicht des OAG. keineswegs die Annahme eines als selbstständiges Verbrechen zu behandelnden leichtsinnigen Bankerotts in solchen Fällen, wo jemand eine das Verbrechen des böslichen Bankerotts begründende Handlung und außerdem eine andere Handlung, die unter Art. 308. fällt, sich zu Schulden gebracht hat, ausgeschlossen werden sollen, vielmehr ist jenen Worten lediglich der Sinn unterzulegen, daß, dafern eine der im Art. 308. aufgeführten Handlungen unter solchen Umständen, daß dadurch das Verbrechen des böslichen Bankerotts begründet werde, begangen worden sei, sodann diese Handlung nur aus dem Gesichtspuncte des böslichen Bankerotts gestraft werden solle.

50.

Die Strafbestimmungen art. 1. bis 7. des Gesetzes, die Beschädigung von Eisenbahnen rc. betr., v. 11. Aug. 1855, sind auch auf pflichtwidrige Unterlassungen anwendbar.

Erk. v. 16. Sept. 1859. 873/984.

Pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen, deren sich bei den Eisenbahnen angestellte Personen in ihrer dienstlichen Stellung schuldig gemacht haben, und durch welche eine Beschädigung der im Art. 1. des Eisenbahn-Strafgesetzes vom 11. Aug. 1855 gedachten Art, oder Gefahr oder Nachtheil der in Art. 2.—5. desselben Gesetzes erwähnten Art herbeigeführt worden ist, sind auch dann nach den in Art. 1.—5., beziehentlich Art. 7. des Eisenbahn-Strafgesetzes enthaltenen Strafbestimmungen zu beurtheilen und zu ahnden, wenn die betreffende Handlung oder Unterlassung in diesem Gesetze nicht speciell erwähnt ist. Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich theils aus der allgemeinen Fassung der Disposition in Art. 16. des Eisenbahn-Strafgesetzes, theils daraus, daß in den Art. 1. bis mit 7. nur von positiven Handlungen die Rede ist, gleichwohl aber nach Art. 16. auch pflichtwidrige Unterlassungen der Eisenbahnbeamten nach den Bestimmungen des mehrgedachten Gesetzes beurtheilt werden sollen, theils endlich aus dem, dem Art. 16. des Eisenbahn-

Strafgesetzes correspondirenden Art. 8. des Entwurfes und den ständischen Verhandlungen dazu, aus welchen letzteren hervorgeht, daß die Aenderung von Art. 8. des Entwurfes keineswegs deshalb, weil man den darin angegebenen Umfang der Strafbarkeit pflichtwidriger Handlungen und Unterlassungen der Eisenbahnbeamten beschränken wollte, sondern aus andern Gründen erfolgt ist.

Wenn nun im vorliegenden Falle in vollste rechtliche Gewißheit gesetzt ist, daß der Angeklagte, der verpflichtete Weichensteller N., durch pflichtwidrige Unterlassung des Schließens einer Weiche das Ausgleisen eines mit Personen besetzten Eisenbahnzuges verursacht, auf diese Weise aber für letzteren und namentlich auch für Leben und Gesundheit der mit demselben beförderten Personen eine sehr dringende Gefahr herbeigeführt hat; so erscheint es nach Obigem vollkommen gerechtfertigt, wenn die erste Instanz Art. 16. in Verbindung mit Art. 7. des Eisenbahnstrafgesetzes gegen den Angeschuldigten angewendet hat.

II. Zu der Strafproceßordnung.

(Fortsetzung von Heft 3. S. 288.)

30.

Die Vorschrift im 1. Satze des 90. Artikels StPO. unterliegt einer strengen Auslegung.

Verord. v. 17. Aug. 1859. ad no. 901/849. dess. J.

In der dem Ger.-Amte zu W. besage der beifolgenden Acten sub Lit. N. Nr. 2. wider J. G. N. aus M. anhängigen Untersuchungssache hat letzterer, nachdem ihm der Bl. befindliche Bescheid besage Bl. am 31. Mai 1859 publicirt und er über die ihm hiergegen zustehenden Rechtsmittel und die zu deren Einwendung gesetzlich gestattete Frist belehrt worden,, zwar noch innerhalb dieser Frist, besage Bl. am 6. Juni 1859 das Gesuch gestellt:

daß die betreffenden Untersuchungsacten dem Advocat D. in D. für ihn mitgetheilt werden möchten,

und es hat auch, nachdem diesem Suchen entsprochen worden, genannter Advocat D. besage Bl. bereits am 10. Juni, vor Ablauf der von der Publication an zu rechnenden zehntägigen Frist, für N. Nichtigkeitsbeschwerde und Einspruch eingewendet. Erst nach Ablauf dieser Frist jedoch, besage Bl. am 11. Juni 1859 ist N. mit der Erklärung vor Gericht erschienen, daß er dasjenige, was in gegenwärtiger Sache Advocat D. für ihn gethan, namentlich die von demselben bewirkte Einwendung des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde und des Einspruchs, hiermit genehm halte und ihn zu weiterer Vertheidigung andurch beauftrage.

Wenn nun aber auf diese letztgedachte Erklärung, weil sie verspätet eingegangen, der ausdrücklichen Vorschrift in Art. 90. Abs. 1. der StPO. gegenüber keine Rücksicht genommen werden können, in der Erklärung vom 6. Juni hingegen der Auftrag zu Einwendung eines Rechtsmittels, wenigstens mit der erforderlichen Bestimmtheit nicht enthalten ist, — so muß die Entschließung Bl., wonach das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde für versäumt geachtet worden, allerdings als begründet, die in gedachter Beziehung Bl. eingewendete Beschwerde hingegen als unerheblich betrachtet werden.

31.

Nichtigkeit wegen Unterlassung der Bekanntmachung der auf den Antrag auf Bescheidsaussetzung gefaßten abfälligen richterlichen Entschließung. — art. 243. Abs. 3. StPO.

Erk. vom 28. Septbr. 1859. ad no. 944/1020. beff. J.

Da von dem Untersuchungsgerichte nach Art. 243. Abs. 3. verb. mit Art. 350. Abs. 1. und Art. 377. Abs. 2. der StPO. dadurch eine Nichtigkeit verhangen worden, daß es auf den nach Bl. vom Defensor des Angeklagten bei Bekanntmachung des Actenschlusses, und zwar offenbar zum Zwecke der Vertheidigung, gestellten Antrag, die Bescheidsertheilung noch auf vierzehn Tage auszusetzen, zwar nach Bl. eine Resolution gefaßt, diese aber dem Antragsteller nicht bekannt gemacht hat, vielmehr, ohne denselben auf

seinen Antrag beschieden zu haben, letzterem zuwider noch vor Ablauf jener vierzehntägigen Frist mit Abfassung und Bekanntmachung des Bescheides Bl. verfahren ist:

So ist der nur gedachte Bescheid als nichtig aufzuheben, und wird die gegenwärtige Sache an das Gerichtsamt im Bezirksgerichte, damit dasselbe vor allen Dingen dem Bl. genannten Vertheidiger eine Bescheidung auf den Bl. gestellten Antrag ertheile, demnächst aber zu seiner Zeit nochmals in erster Instanz erkenne, zurückgewiesen.

32.

Der Lauf der zur Einwendung von Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse gegebenen 10tägigen Frist ist durch die vollständige Publication des Erkenntnisses und der dazu gehörigen Entscheidungsgründe bedingt.

Erk. vom 3. Oct. 1859 ad no. 1067/1043. dess. J.

Da die Bestimmung des Art. 308. Abs. 3. der StPO. eine ganz exceptionelle ist, welche namentlich auf das Verfahren in Einzelrichtersachen durchaus keine Anwendung leidet und daher die Bl. erfolgte Anberaumung eines besonderen Termins zur Publication der Entscheidungsgründe zu dem Bl. eröffneten Erkenntnisse und die damit verbundene Bescheidung der Inculpaten, daß erst von der Publication der Entscheidungsgründe an die zehntägige Frist zur Einwendung eines Rechtsmittels beginne, eine ganz ungehörige und unstatthafte war, so könnte die Frage entstehen, ob die Bl. erst nach Ablauf des decendii, von der Bekanntmachung des Erkenntnisses an gerechnet, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht nach Art. 87. jct. Art. 86. Abs. 1. der StPO. für versäumt zu erachten? Es hat jedoch diese Frage, abgesehen davon, daß den beiden Angeschuldigten solchenfalls in Hinsicht auf die actenkundige, ihnen vom Gerichte selbst Bl. gegebene Bescheidung sofort Restitution gegen das Versäumniß zu ertheilen gewesen sein würde, schon deshalb verneint werden müssen, weil die Publication des Erkenntnisses allein und ohne die gleichzeitige Bekanntmachung der Gründe, auf welchen dasselbe beruht, jedenfalls eine unvollständige und illegale war.

33.

Ist der Staatsanwaltschaft gestattet, durch Trennung connexer Untersuchungen Angeschuldigte in Zeugen umzuwandeln?

Erk. vom 1. Aug. 1859 ad no. 429/419. beff. J.

Der Fall, welcher vorstehende Frage veranlaßte, war kürzlich folgender.

Der Obstpachter B. verwahrte in einer Kammer des Gutsbesitzers K. Obst, von welchem größere Quantitäten durch Dienstboten und Tagelöhner K's. auf qualificirte Weise entwendet worden sind. Nach Schluß der deshalb gegen diese Personen geführten Voruntersuchung traten drei derselben bei dem Staatsanwalte mit der Anschuldigung hervor, ihr Dienstherr K. habe sie zum Stehlen verleitet. Der Staatsanwalt ward dadurch veranlaßt, K's. Vorladung als Zeugen zu der bereits anberaumten Hauptverhandlung zu beantragen. In der Hauptverhandlung wiederholten die drei Angeschuldigten K. gegenüber ihre Behauptung, der sich auch die übrigen Mitschuldigen bis auf drei anschlossen. K. bezeichnete die ihm gemachte Anschuldigung als Verläumdung, der Staatsanwalt verkannte nicht die ihr entgegen zu stellenden Bedenken, und das Gericht, welches auf Grund der Hauptverhandlung die Angeklagten verurtheilte, that dies unter Hinzufügung der Bemerkung, daß die von den Angeklagten, wenn auch einstimmig und nicht unglaubhaft, aufgestellte Behauptung, daß ihr Dienst- u. Arbeitsherr sie zuerst zur Verübung des Diebstahls verleitet habe, nicht als erwiesen betrachtet, und sonach nicht als strafmindernd berücksichtigt werden könne.

Ohne actenkundig hinzutretende neue Umstände erfolgte nunmehr Seiten des Staatsanw. Anklage gegen K. wegen Anstiftung zum Diebstahle unter Beantragung unmittelbarer Vorladung zur Hauptverhandlung.

In dieser wurden die in der frühern Untersuchung bestraften Dienst- und Arbeitsleute befragt, und nachdem sie ihre frühere Anschuldigung wiederholt, fünf von ihnen (die übrigen drei waren noch nicht eidesmündig) vereidet, und K. ward auf Grund ihrer Aussagen wegen Anstiftung zu Diebstahl mit dreimonatiger Gefängnißstrafe belegt.

Er wendete gegen diese Entscheidung Berufung ein, und das OAG., um nicht nach art. 347. StPO. an die thatsächliche Feststellung der ersten Instanz gebunden zu sein, gegen deren Richtigkeit ihm sehr erhebliche Bedenken beigiengen, ordnete anderweite Erörterungen, namentlich über die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit von Beredungen, die der Anschuldigung vorausgegangen, an, und fand die ihm angezeigten Ergebnisse ausreichend, um darauf K's. Klagfreisprechung zu erkennen.

In den beigefügten Gründen ist u. A. gesagt:

Der Schuldannahme und der Beweisfähigkeit der Unterlagen, auf welchen dieselbe beruht, steht zunächst das wichtige Moment entgegen, daß durch getrennte Aburtheilung der früheren Untersuchung, in welcher für die Anklage gegen K.'n die nachher besonders geltend gemachte einzige Grundlage wenigstens im Wesentlichen schon geliefert war, der Uebertritt derjenigen Personen, welche vor Abschluß jener Untersuchung als Coinculpaten bezüglich des K.'n beigemessenen Verbrechens anzusehen waren und als solche nicht vereidet werden durften, in die Eigenschaft von Zeugen vermittelt und die Füglichkeit ihrer, sodann auch wirklich, soweit es das Alter der fraglichen Personen zuließ, erfolgten Vereidigung hergestellt worden ist. Diese, den allgemeinen Grundsätzen des Strafprocesses zuwiderlaufende Verfahrungsweise erachtet das OAG. für völlig unzulässig. Legte der Staatsanwalt der (Bl. der H.'schen, Bl. flg. der K.'schen Unters.-Acten) kurze Zeit vor der in der H.'schen Untersuchung abgehaltenen Hauptverhandlung von den Inculpaten Th., Gr. und Mr. gegen K.'n erhobenen Bezüchtigung der Anstiftung zum Diebstahle soviel Gewicht bei, daß er darin eine ausreichende Grundlage zu einer Anklage gegen K.'n erblickte, so lag ihm ob, unter Stellung dieser Anklage auf Vertagung der damals bereits anberaumten Hauptverhandlung anzutragen. Sollte sich aber bei dem Staatsanwalte — wie es nach seinen Erklärungen Bl. flg. scheint — erst während der in der H.'schen Untersuchung abgehaltenen Hauptverhandlung durch deren Ergebnisse die Ansicht gebildet haben, daß die bis dahin von ihm mit Mißtrauen aufgenommene Bezüchtigung mehrerer Inculpaten gegen K.'n einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich habe, daß diesfalls Anklage gegen K.'n zu erheben sei; so stand der Staatsanwalt nach Dafürhalten des OAG. in der Verpflichtung, unter Darlegung dieser von ihm gewonnenen Ansicht noch im Laufe der Hauptverhandlung auf deren Vertagung, als wozu er nach Art. 314. Abs. 1. u. 2. der StPO. vollkommen berechtigt war, anzutragen, und mit der Anklage gegen K.'n hervorzutreten, so aber Vereinigung der Verhandlung und Aburtheilung der Anklagen gegen H. u. Gen. und gegen K.'n anzubahnen. Wenn aber der Staatsanwalt, statt in dieser Art zu verfahren, gesonderte Aburtheilung der H.'schen Untersuchung geschehen ließ und erst nach-

her, ohne daß irgend ein neues Anschuldigungsmoment hinzugetreten war, gegen K.'n Anklage erhob, so verrückte er dadurch den ordnungsmäßigen Proceßgang und namentlich den Standpunkt der Personen, welche K.'n bezüchtigt hatten, Letzterem gegenüber in einer nach Dafürhalten des OAG. völlig unzulässigen Weise.

34.

Eine unter Bezugnahme auf art. 243. StGB. in vim compensationis gerügte Beleidigung muß auch von dem an sich nicht zuständigen Richter zu Gunsten des Redenuncianten erörtert werden.

Erk. v. 22. Aug. 1859. ad no. 801/886. deff. J.

Weil, wenn auch der Inhalt des Bl. abgefaßten Bescheides über den Grund der Nichtbeachtung des Art. 243. des StGB., dessen Inhalt die verwittw. M. Bl. für sich in Anspruch genommen, keinen Aufschluß giebt, und die Resolution Bl. an sich die Deutung zuließe, daß die sich gegenüber stehenden Beleidigungen nach Art. 243. zur Compensation nicht für geeignet erachtet und deshalb die Angeklagte mit ihrer Gegenrüge an W.'s ordentliche Obrigkeit gewiesen worden, doch wenigstens aus dem anher erstatteten Berichte, daß bei jenem Verfahren wirklich der Bl. aufgestellte Grund vorgewaltet, zu entnehmen gewesen, dieser Grund der Nichtbeachtung des Art. 243. des StGB. aber ein offenbar unrichtiger ist, indem, wenn nicht etwa das Gerichtsamt zu T. der Ansicht sein sollte, daß schon nach dem Anführen der M. Bl. allein die Vorschrift des mehrgedachten Artikels nicht anwendbar erscheine, dasselbe dadurch daß W. einer andern Jurisdiction unterworfen ist, sich nicht hätte abhalten lassen sollen, das exceptivische Vorbringen der M. natürlich nur zu dem Zwecke einer möglichen Befreiung derselben von Strafe, und nicht zu dem einer Bestrafung W.'s, zu erörtern; so ist, in Gemäßheit von Art. 349. unter III. 1. und Art. 377. der StPO. der angezogene Bescheid als nichtig aufzuheben und wird diese Sache zur anderweiten Entscheidung, resp. nach zuvoriger Erörterung, an das gedachte Gerichtsamt zurückgewiesen.

III. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

(Fortsetzung von Heft 3. S. 230.)

86.

Revocation eines Verzichts wegen error, beziehentlich dolus.

II. Sen. Erk. v. 16. Aug. 1859. ad no. 58/244. deff. J.

Es handelt sich im vorliegenden Falle lediglich von einem factischen Irrthume, in welchem Kläger über die Ansprüche seiner verstorbenen Ehefrau an die von J. und M. L. den Kindern ihres Bruders B. M. ausgesetzten Legate zur Zeit seiner Bl. angeführten Erklärung befangen gewesen, und, wie er behauptet,, durch die Versicherung des Erblassers der Beklagten und der Mitbeklagten, daß der Inhalt der Testamente der genannten J. und L. M. diesen Ansprüchen entgegenstehe, versetzt worden ist. Ob dieser Irrthum vom Kläger hätte vermieden und vielleicht sogar ohne große Schwierigkeit durch Einsichtnahme jener Testamente hätte abgewendet werden können, erscheint, da hier keine solche Thatsache in Frage steht, auf welche das in l. 9. l. 2. D. de jur. et fact. ignor. aufgestellte Princip anwendbar wäre (quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?) auch dem Kläger sein Vertrauen in die Versicherung seines Schwiegervaters nicht zum Vorwurfe gereichen kann, ebenso einflußlos, als der Umstand, ob B. M. bei der dem Kläger gegebenen Versicherung wider besseres Wissen gehandelt oder in eigner irriger Auffassung der testamentarischen Bestimmungen bona fide dabei zu Werke gegangen. Nur darauf kann es den hier einschlagenden rechtlichen Grundsätzen zufolge

vergl. v. Savigny, System ꝛc. Bd. III. 135 ff.

ankommen, ob bei Klägerm, indem er sich wegen seiner Erbansprüche am Nachlasse seiner Ehefrau nach ihm gewährter Ueberlassung einiger dazu gehöriger Mobilien für abgefunden erklärte, der Wille vorausgesetzt werden konnte, auch auf diejenigen Ansprüche zu verzichten, welche ihn als Pflichttheilerben seiner Ehefrau an deren Antheile an den M.'schen Legaten zukamen. Dies läßt sich aber eben dann nicht annehmen, wenn Kläger über die Existenz des Anspruchs seiner Ehefrau an jenen Legaten im Irrthume sich befand, und in diesen Irrthum sogar von der Beklagten und Mitbeklagten Erblasser selbst durch die Bl. angeführte Eröffnung über den Inhalt der in Frage stehenden letztwilligen Verfügungen versetzt worden war, indem er hiernach in dem Glauben handelte, daß ihm auf den gedachten Legatenantheil überhaupt gar kein Recht zustehe, unter diesen Umständen aber der Natur der Sache nach von einem vertragsmäßigen Aufgeben dieses Anspruchs — per transactionem — nicht die Rede sein konnte.

argum. l. 5. §. 1. D. de act. emt.

l. 6. C. de jur. et fact. ignor.

87.

Die nach dem Gesetze vom 23. Juli 1846 eingetretene kurze Verjährung ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen.

II. Sen.=Erk. vom 26. Aug. 1859 ad no. 235/289. dess. J.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Ausflucht der (kurzen) Verjährung, ungeachtet sie Beklagter nicht vorgeschützt, schon von richterlichen Amtswegen zu berücksichtigen sei. Denn die hierauf bezüglichen Gesetze, namentlich Const. 25. P. I. von 1572 enthalten eine allgemeine processualische Vorschrift, die auf jede Verjährung, ohne Rücksicht darauf, ob dazu ein längerer oder kürzerer Zeitraum erforderlich sei, sich bezieht, und daher auch einer besonderen Wiederholung in dem erstgedachten Gesetze nicht bedurfte.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 13. S. 61.

88.

Zur Lehre vom error in corpore bezüglich des Kaufobjects.

II. Sen.-Erk. vom 23. Aug. 1859 ad no. 255/258. deff. J.*)

Es ist Regel, daß Jeder, welcher dispositionsfähig ist, auf ihn zuständige, aus Vermögensverhältnissen originirende oder darauf bezügliche Rechte ganz oder theilweise verzichten kann, dafern solches nur nicht in doloser Absicht zum Nachtheile eines Andern geschieht, oder nicht ausdrückliche Gesetze entgegenstehen.

L. 41. D. de minor. XXV. annor. (4. 4.) „— — unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt."

L. 46. D. de pactis (2. 14.) in fine „— — quum liceat sui juris persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriorem constituere."

C. 29. C. eod. (II. 3.) „— — quum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare."

Nun ist aber in der Erklärung des Klägers Bl. etwas Anderes als ein Aufgeben eines Theils der nach der Klagdarstellung von ihm durch Kauf erworbenen Rechte, als ein theilweises Fallenlassen des mittelst jener Klage geltend gemachten Anspruchs nicht zu finden, und es kann die Wirkung dieser Verzichtleistung um so weniger an die Zustimmung der Beklagten gebunden sein, als Kläger ja mit derselben ausdrücklich die Erklärung verbunden hat, wie er dessen ungeachtet bereit sei, die seinerseits durch den Kaufvertrag übernommenen Verbindlichkeiten in ihrem ganzen Umfange zu erfüllen und der Beklagten den vereinbarten Kaufpreis voll zu gewähren. Auch hat Beklagte selbst nicht behaupten mögen, daß ihr die theilweise

---

*) Beklagte hatte dem Kläger um eine Summe ihr Grundstück mit gewissen angeblich dazu gehörigen Pertinenzen verkauft. Später stellte sich heraus, daß eine derselben, nicht, wie sie angenommen, ihr, sondern einem Dritten gehöre. Beklagte bestritt die Gültigkeit des Kaufs wegen Irrthums in Betreff des Objects, wogegen Kläger, auf diese Parzelle verzichtend, Erfüllung des Kaufs gegen Gewährung des vollen Kaufpreises verlangte. Das OAG. confirmirte das condemnatorische Urthel 2. Instanz (AG. Budissin) aus obbemerkten Gründen.

Verzichtleistung des Klägers zum Nachtheile gereiche. Die Präsumtion hat sie hierunter jedenfalls wider sich, und deshalb würde es ihre Sache gewesen sein, nach dieser Richtung hin zu excipiren, und die Ausflucht näher zu begründen. Statt dessen hat sie wiederholt versucht, zu zeigen, daß die Modification, welche nach der gedachten Erklärung des Klägers rücksichtlich des fraglichen Kaufes eintreten solle, das Wesen des Vertrags in Ansehung des Objects so afficire, daß nun ein ganz neues Rechtsgeschäft, ein ganz anderer Kauf in Frage stehe, zu dessen Gültigkeit beiderseitiger Consens erforderlich sei. Das Irrige dieser Ansicht geht jedoch schon aus dem oben Gesagten hervor; sie würde nur dann richtig sein, wenn das Object, welches Kläger jetzt beansprucht, in dem abgeschlossenen Kaufe gar nicht begriffen gewesen wäre. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die von der Beklagten angezogene

L. 9. D. de contrah. emt. (18, 1.)

welche den Grundsatz an die Spitze stellt, daß ein Kauf als abgeschlossen, als perfect, nicht angesehen werden könne, so lange die Contrahenten über die wesentlichen Momente des Kaufes, namentlich über die Sache und den Preis, sich nicht geeinigt haben, und sodann diejenigen Käufe für nichtig erklärt, bei welchen die Paciscenten hinsichtlich des Gegenstandes des Kaufes (in corpore) sich im Irrthume befunden haben,

„si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti“,

auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leidet und für die Ansicht der Beklagten gar nichts beweist.

89.

Haben sich bei Käufen oder Bestellung von Arbeiten der Handwerker die Contrahenten über den Preis nicht geeinigt, so ist solcher durch Sachverständige, eventuell Schätzungseid des Liefernden zu ermitteln.*)

II. Sen.-Erk. vom 18. August 1859 ad no. 141/247.

Aus dem unbestrittenen Satze, daß zu der Perfection des

---

*) Derselbe Satz wurde ausgesprochen in Bezug auf Arbeiten eines Handwerkers mittelst II. Sen.-Erk. vom 5. Aug. 1859 ad no. 182/218.

Kaufvertrages die Einigung der Contrahenten über die wesentlichen Bestandtheile dieses Vertrags und darunter über den Kaufpreis erforderlich ist, folgt an sich nicht und ist auch von der vorigen Instanz nicht gefolgert worden, daß diese Einigung sofort bei dem Abschlusse des Vertrags in der Festsetzung eines zahlenmäßig bestimmten Betrags Ausdruck finden müsse.

Der Ausspruch, daß es dem Wesen des Kauf- oder Miethvertrags nicht widerstreite, wenn die Bestimmung des Preises oder Lohnes auf das arbitrium eines Dritten gestellt wird und der Letztere sodann wirklich die seinem arbitrium überlassene Bestimmung trifft (§. 1. J. de emt. et vend. §. 1. J. de locat. et cond. jct. l. 15. C. de contr. emt. et vend.), daß ferner Verträge über Dienste oder Mühwaltungen, bei welchen die Vergeltlichkeit der letzteren, nicht aber die Höhe der Vergeltung vereinbart ist, wenigstens als Innominatcontracte gültig seien und einen klagbaren Anspruch auf die Vergütung begründen (l. 22. D. de praescr. verb. et in fact. act. jct. §. 13. J. de mand.), beweist, daß schon nach Römischem Rechte jene Folgerung unzulässig sein würde. Es steht dies auch mit dem Axiom, daß bei Kauf- und Miethverträgen pretium certum oder merces certa ein essentiale des Geschäftes ist, nicht im Widerspruche. Denn die subjective Ungewißheit der Contrahenten über den Betrag des Preises oder Lohnes hindert die Entstehung einer perfecten Obligation nicht, vorausgesetzt, daß eine sichere objective Unterlage für die Ermittelung des den Contrahenten zur Zeit noch unbekannten Betrags vorhanden ist (§. 6. in fine J. de verb. oblig.). Am wenigsten kann nach heutigem Rechte, für welches jene Nomenclatur des Römischen Rechts praktisch bedeutungslos ist, die Gültigkeit von Verträgen der vorgedachten Art einem Zweifel unterliegen. Steht soviel fest, daß die Contrahenten nicht blos über die Beschaffenheit der bedungenen Leistungen, sondern auch über die Vergeltlichkeit derselben einig sind, so thut man ihrem unzweideutig ausgesprochenen Vertragswillen sicher keinen Zwang an, wenn man die unterlassene Festsetzung des Betrags der Vergeltung auf die übereinstimmende Absicht der Contrahenten zurückführt, daß

---

unter Verweisung auf die in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XVI. S. 255. no. 145. abgedruckte Entscheidung des OAG.

diese Festsetzung auf dem, der bona fides des Vertragsverhältnisses entsprechenden Wege, nämlich arbitrio boni viri, erfolgen solle (Thon, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 10. nr. VII. S. 207 fg.). Dieses arbitrium boni viri, eine im rechtlichen Sinne feste und unzweifelhafte Norm, ist zunächst, und dafern ein anderer Weg nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, der Mitcontrahent auszuüben befugt, es tritt jedoch, wenn der diesfallsige Ausspruch als unbillig angefochten wird, das richterliche Ermessen abändernd oder bestätigend ein (Thon, a. a. O. S. 209. Anm. 4. S. 213. Anm. 4. und 1.). Daß dieses Ermessen da, wo besondere Fachkenntnisse oder Erfahrung zu der Arbitrirung erforderlich sind, auf die Begutachtung von Sachkundigen zu recurriren hat, liegt in der Natur der Sache. Doch versteht es sich von selbst und folgt aus der discretionären Natur des richterlichen Ermessens, daß da, wo wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes oder nach der besonderen Lage der Sache eine Schätzung durch Dritte als unthunlich oder unangemessen sich darstellt, auch der betreffende Mitcontrahent zu der eidlichen Bestärkung des in Frage stehenden Preises oder Lohnes gelassen und hierauf die Entscheidung der Sache gesetzt werden kann. In dem vorliegenden Falle ist — durch die Zugeständnisse zu Einl.-Pkt. verb. mit den Herauslassungen Bl. — außer Zweifel gesetzt, daß Beklagter die von dem Kläger und dessen vormaligen Compagnon K. empfangenen Eisenwaaren käuflich, mithin im Wege onerosen Vertrags erworben hat. Fordert nun Kläger die Bl. angesetzten Preise dieser Waaren, ohne die Existenz einer Verabredung über dieselben zu behaupten — und dies muß nach dem oben Bemerkten nunmehr auch zu seinen Gunsten angenommen werden — so liegt hierin zur Genüge die Beziehung darauf, daß dieselben dem arbitrio boni viri entsprechend seien, und es bedurfte zumal bei Gegenständen der vorliegenden Art, für welche voraussetzlich allgemeine Preisnormen existiren, nicht noch einer besonderen Motivirung der Billigkeit oder Angemessenheit jener Ansätze.

90.

Bei vorhandener mora des Verkäufers in Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts in Betreff marktgängiger Waaren kann der nicht in mora befindliche Käufer statt der Naturalerfüllung das id quod interest am Lieferungstage fordern.

II. Sen.-Erk. vom 7. Juni 1859 ad no. 47/120.

Bei dem unter Kaufleuten abgeschlossenen Lieferungsvertrage über marktgängige Waaren, das heißt über solche Waaren, die nach bestimmten, je nach Verschiedenheit der eintretenden Conjuncturen steigenden und fallenden Marktpreisen gekauft und verkauft werden, ist es zur praktischen Nothwendigkeit geworden, demjenigen der Contrahenten, welchem in Folge des Verzugs des anderen Theiles die Waare zur bestimmten Zeit nicht geliefert, oder beziehentlich die angeschaffte Waare nicht abgenommen wird, die Wahl zu gestatten, ob er auf Erfüllung des Vertrags Seiten des säumigen Theiles und Vergütung des dem andern Theile erwachsenen Schadens klagen, oder, ohne auf der Vertragserfüllung zu bestehen, den Ersatz des id quod interest vom säumigen Theile verlangen wolle.

Während nun zu diesem Zwecke, in dem Falle, wo der Käufer einer bestellten Waare selbige zur bestimmten Zeit dem Verkäufer nicht abnimmt, dem letzteren gestattet werden muß, die vorräthige Waare für den am Lieferungstage bestehenden Marktpreis anderweit zu verkaufen und die zwischen dem erlangten und dem bedungenen Preise zum Nachtheil des Verkäufers etwa sich ergebende Differenz von dem in Verzug gerathenen Käufer vergütet zu verlangen, so mußte man auch dem Abkäufer, dem sein Verkäufer die erkaufte Waare zur bestimmten Zeit nicht lieferte, für den Fall, daß er sich nicht selbst in mora befindet, das Recht zugestehen, von dem säumigen Verkäufer diejenige Differenz, welche sich etwa zwischen dem bedungenen und dem am Lieferungstage bestehenden marktmäßigen Preise zu seinen Gunsten herausstellt, zu fordern. In dem ersteren Falle bedarf es zwar zur Begründung des Anspruchs noch des Nachweises, daß der Verkäufer die vorhandene Waare auch

wirklich am Lieferungstage verkauft habe, weil außerdem, wenn der Verkäufer die Waare behalten, diese aber in kurzem wieder einen höheren Marktpreis erlangt hätte, der Verkäufer in der Wirklichkeit möglicher Weise einen Schaden in Folge der unterlassenen Vertragserfüllung Seiten des Abkäufers gar nicht erlitten haben würde. Allein in dem anderen Falle, wo der Verkäufer den Vertrag unerfüllt gelassen, die Waare also zur bestimmten Zeit nicht geliefert hat, hat man von einem thatsächlichen Nachweise darüber, daß der Käufer, wenn der Verkäufer den Vertrag erfüllt hätte, auch Gelegenheit gehabt haben würde, den am Lieferungstage bestehenden Marktpreis durch Weiterveräußerung der Waare zu erlangen, nach Lage der Sache absehen können, weil diese Möglichkeit bei marktgängigen Waaren und bei dem Charakter eines Marktpreises jedenfalls zu präsumiren war.

Es beruht diese Ansicht, wie das OAG. bereits bei anderer Gelegenheit in einer Rechtssache

Ranft und Kaurisch ./. Sacher im April 1857

ausführlich nachgewiesen hat, nicht auf directen gesetzlichen Bestimmungen, sondern ebensowohl auf einer Gesetzesanalogie als auf der Natur des Rechtsgeschäfts selbst (wenn man nicht eine in dem Falle, wenn der Käufer die Waare zur bestimmten Zeit nicht abnimmt, allenfalls denkbare negotiorum gestio des Verkäufers für den säumigen Käufer annehmen will) und auf der Nothwendigkeit einer dem sich herausstellenden Bedürfnisse der Praxis entsprechenden auf das eigne Rechtsbewußtsein des Richters sich stützenden Fortbildung des Rechts.

91.

Die exceptio redhibitoria und quanti minoris verjähren an sich in gleicher Frist wie die betreffenden Klagen. Dieß leidet jedoch auf s. g. Lieferungskäufe keine Anwendung.

II. Sen.-Erk. vom 5. August 1859. ad no. 182/218.

Das OAG. ist der Ansicht, daß die auf dem ädilischen Edicte beruhenden Ausflüchte der Redhibition und Preisminderung selbst

22

dann, wenn der Kaufpreis noch nicht erlegt worden ist, binnen den nämlichen Fristen verjähren, welche für die Verjährung der, denselben Zweck verfolgenden ädilischen Klagen bestehen. Allein die Anwendung dieser kürzeren Verjährungsfristen von resp. sechs Monaten und einem Jahre sind auf solche Kaufgeschäfte zu beschränken, welche wirklich unter das ädilische Edict fallen, mithin, wenn man auch die Vorschriften des letzteren nicht blos von dem im Edicte ausdrücklich erwähnten Sclaven- und Viehhandel, sondern auch von Kaufverträgen über andere bewegliche Sachen verstehen will, doch jedenfalls auf solche Verkäufe, wo der Käufer eine bereits vorhandene Waare nach vorheriger Besichtigung und Prüfung oder sonstiger näherer Bekanntschaft mit denselben behandelt und angenommen hat. Hierdurch nämlich ist der Kauf vollendet und die Annahme begründet, daß der Käufer mit der Qualität der Waare so, wie er dieselbe bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat, einverstanden gewesen sei. Aus polizeilichen Gründen fanden es die römischen Aedilen für nothwendig, bei gewissen Gattungen des Verkehrs die Verkäufer einer besonderen Strenge in Bezug auf die Vertretung verborgener Fehler zu unterwerfen und dieserhalb dem Käufer auch gegen ein bereits vollendetes Kaufgeschäft eine Klage auf Wiederaufhebung und Preisminderung zu verleihen. Weil aber das Zurückgehen von einem vollendeten Rechtsgeschäfte sich immer als eine nicht zu begünstigende Ausnahme von der Regel darstellt, und die Strenge gegen den Verkäufer in eine Härte übergegangen sein würde, wenn derselbe für verborgene Fehler der Waare bis zum Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist verhaftet geblieben wäre, ist zugleich jene kurze Verjährungsfrist für die auf dem Edicte beruhenden Klagen mit eingeführt worden. Dieselben Rücksichten treten aber auch bei den auf das Edict sich gründenden Ausflüchten ein, und es ist bereits von der vorigen Instanz richtig bemerkt worden, daß der Käufer, der bei der prozessualischen Verfolgung seiner Ansprüche auf Zurücknahme der Waare oder Preisminderung nicht von einer Klage des Verkäufers abhängt, sondern jene Ansprüche selbst klagbar verfolgen kann, in seiner Rechtsvertheidigung nicht beschränkt wird, wenn man die Vorschriften des Edictes über die kurze Verjährung der ädilischen Klagen auch bei

den auf denselben Gründen beruhenden Ausflüchten zur Anwendung bringt.

Wesentlich anders gestaltet sich indeß das Verhältniß bei s. g. Lieferungskäufen, d. h. wenn eine Sache, die beim Kaufsabschlusse als species noch gar nicht vorliegt, sondern von dem Verkäufer erst noch beschafft oder hergestellt werden soll, verkauft wird. In diesem Falle kennt der Käufer die Waare noch nicht, welche er bekommen wird. Er ist aber auch ohne besondere Zusage und schon nach der Natur des Vertrages berechtigt zu erwarten und zu verlangen, daß die künftig zu liefernde Sache diejenigen Eigenschaften besitze, welche sie ihrer Gattung nach besitzen muß, um ihren Zweck zu erfüllen. Es läßt sich annehmen, daß bei solchen Käufen der Vertrag erst dann vollendet ist, wenn der Verkäufer die bestellte Waare als Species geschafft und dem Abnehmer überantwortet, dieser aber dieselbe ausdrücklich oder thatsächlich approbirt hat. Findet sich, daß die gelieferte Sache die erforderlichen Eigenschaften nicht besitzt, so hat der Verkäufer den Contract nicht erfüllt, der Käufer ist berechtigt, die Annahme zu verweigern, oder wenn der Mangel nicht sogleich von ihm entdeckt worden, die Zurücknahme oder Preisminderung zu verlangen, nur ist er verpflichtet, den Verkäufer hiervon in Zeiten zu benachrichtigen und Zurücknahme oder Preisminderung zu verlangen. Die hierauf eintretenden Falles zu gründende Ausflucht gehört, weil sie aus dem Contracte selbst fließt, dem Civilrechte an und ist als exceptio perpetua zu betrachten.

92.

Der locator operarum hat Anspruch auf die merces, wenn es nicht an ihm liegt, daß er die Dienste nicht leisten kann.*)

II. Sen.-Erk. vom 11. August 1859 ad. no. 215/231.

Beklagte wollen daraus, daß der vom Kläger (auf eine Zeit, während deren der Fabrikationsbetrieb nicht im Gange, beziehentlich durch obrigkeitliche Anordnung sistirt gewesen sei,) geforderte Gehalt

*) Vergl. Annalen I. S. 130. no. 44.

als Gegenleistung für die contractmäßigen Dienste stipulirt ist, die Folgerung ziehen, daß im Fall der Nichtleistung dieser Dienste, gleichviel, welches die Ursache derselben sei, auch die dafür zu gewährende Remuneration wegfallen müsse. Diese Schlußfolgerung ist jedoch unrichtig. Wenn schon in l. 15. §. 6. D. loc. dem Schiffer, welcher den eingegangenen Frachtcontract wegen Untergang des Schiffes nicht auszuführen vermocht hat, der Anspruch auf das Fahrlohn aus dem Grunde quod munere vehendi functus non sit, abgesprochen und durch den Zusatz quod in omnibus personis similiter observandum est die Annahme einer Singularität noch besonders ausgeschlossen wird, so beweist doch die Entscheidung ähnlicher Fälle in l. 19. §. 9. 10. l. 38. l. 61. §. 1. tit. cit. klar und deutlich, daß in jenen Worten nicht der von den Beklagten behauptete Wegfall der merces in allen Fällen, in welchen der locator seine Dienste, gleichviel aus welchem Grunde, nicht leistet, liegen kann und soll. Ausdrücklich räumen die zuletzt erwähnten Gesetzstellen dem Vermiether, welcher die bedungenen Dienste nicht geleistet hat, das Recht auf die dafür stipulirte merces ein, wenn es nur nicht an ihm gelegen hat, daß die Dienstleistung unterblieben ist (cum per eum non stetit, quominus operas praestet). Es folgt hieraus der Grundsatz, der Promittent der Dienste habe die dafür bedungene Gegenleistung zu fordern, vorausgesetzt, daß das casuelle Hinderniß der wirklichen Dienstleistung nicht in seiner Person sich ereignet,

vergl. Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts §. 9. Seite 47 fg.,

wobei man jedoch nicht blos die rein persönliche Unfähigkeit oder Untüchtigkeit zu Vornahme der stipulirten Dienste, sondern auch sonstige äußere Hindernisse, wie den Mangel der zu dieser Vornahme unentbehrlichen, von dem Promittenten zu beschaffenden Mittel oder Vorrichtungen in das Auge zu fassen hat. Dies liegt in der Allgemeinheit des Satzes: „cum non stat per locatorem, quominus operas praestet,“ und stimmt mit der Entscheidung der oben citirten l. 15. §. 6. überein, bei welcher die Unmöglichkeit der Ausführung des Transports auf dem Mangel des dazu nothwendigen, von dem Schiffer zu liefernden Hülfsmittels, dem Untergang des Schiffs,

ganz unabhängig von der persönlichen Fähigkeit oder Bereitwilligkeit des Schiffers zu dessen Führung, beruht. Auf der andern Seite folgt aber auch hieraus, daß das Hinderniß der Leistung in der Person, nicht des Promittenten, sondern des Promissars eintritt, wenn dieser zwar an sich gewillt und im Stande ist, die contractmäßigen Dienste anzunehmen, gleichwohl die von ihm zu beschaffende Anlage oder der Gegenstand, auf welchen diese Dienste sich beziehen, wenn auch ohne seine Schuld, nicht zu gewähren vermag; dies beweist der Fall in l. 61. §. 1., in welchem die stipulirte Frachtbeförderung nicht durch den Untergang des Schiffs, sondern durch die Confiscation der zu transportirenden Waare, mithin durch den Untergang oder Mangel des von dem Frachtgeber zu liefernden Gegenstandes der Beförderung, vereitelt und deshalb dem Schiffer das bedungene Schifferlohn, der unterbliebenen Leistung ungeachtet, zugebilligt wird. Ein Fall der letztgedachten Art liegt aber gegenwärtig vor. Die Sistirung der Fabrikation des Vereins ist nach Bl. die Folge theils eingetretener Schadhaftigkeit der Apparate, theils eines stadträthlichen, auf die Gemeinschädlichkeit der Fabrikationseinrichtung gegründeten Verbots gewesen. Sieht man von der zu exc. 3. u. 4. ad e. von den Beklagten angeregten Frage einer diesfallsigen Verschuldung Klägers ab, so erscheint die Unterbrechung und Sistirung des Betriebs als ein casus, welcher in der Person des Promissars, des Vereins, sich ereignet hat und, sofern dadurch Kläger an der Erfüllung seiner Dienstobliegenheiten verhindert worden ist, seinen Anspruch auf die stipulirte Gegenleistung nicht zu alteriren vermag. Denn Kläger hat dem Anstellungsvertrage Bl. zufolge lediglich Mühwaltungen, die Beaufsichtigung der Fabrikation und die Ueberwachung des Vertriebs, mithin, da keins von beiden schlechthin unzulässig oder als gemeinschädlich verboten gewesen ist, vollkommen erlaubte und ausführbare Dienstleistungen übernommen. Dagegen hat der Verein seiner Seits die zu der Fabrikation nöthigen Gegenstände und Einrichtungen zu liefern gehabt, und wenn daher um der Mangelhaftigkeit oder Gemeinschädlichkeit dieser Einrichtungen willen die Fabrikation zeitweilig gehindert worden ist, so erscheint dies als ein casus, welcher den Verein, nicht den zu Erfüllung seiner Obliegenheiten

bereiten und ohne das dazwischengetretene Hinderniß dazu eben so befähigten als berechtigten Kläger betroffen hat.

93.

Voraussetzungen, unter denen ein socius seinem Genossen zu Rechnungslegung verpflichtet ist.

II. Sen.=Erk. vom 19. August 1859 ad no. 173/254.

Der Grundsatz, daß ein Socius von seinem Mitgenossen nur dann und insoweit Rechnungsablegung beanspruchen könne, wenn sich der Letztere dazu besonders verpflichtet habe, oder wenn ihm Geschäfte der Societät zur alleinigen Besorgung, ohne Concurrenz der übrigen socii, übertragen worden seien, ist allerdings auch von dem OAG. mehreren seiner Entscheidungen,

vergl. z. B. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 15. S. 470.,

untergelegt worden, und man würde auch gegenwärtig keine Veranlassung gefunden haben, von demselben abzugehen. Denn das Bestehen einer Societät und insbesondere auch einer Handelsgenossenschaft verpflichtet zwar den Rechten nach jeden einzelnen socius, die für den Gesellschaftszweck erforderliche Thätigkeit im gemeinschaftlichen Interesse zu entwickeln und die vertragsmäßig zu diesem Zwecke bestimmten Leistungen zu gewähren. Es begründet aber an und für sich allein und ohne Hinzutritt besonderer Umstände keine Verpflichtung des Socius, im bloßen Privatinteresse des oder der übrigen socii etwas zu thun und dieselben in der Ausführung von Ansprüchen zu unterstützen, welche sie für ihre Person, als Gläubiger, gegen ihn erheben wollen. Es bedarf auch der socius, welcher Ansprüche dieser Art gegen seinen Mitgenossen zu erheben gedenkt, dieser Unterstützung in der Regel nicht, weil er durch den gesellschaftlichen Verband und die präsumtive Gemeinschaftlichkeit der Geschäftsführung die Gelegenheit und in seinem persönlichen Interesse die Veranlassung finden muß, sich von dem jedesmaligen Stande der Geschäfte und des gesammten Unternehmens zu unterrichten, wobei ihm natürlich die Einsicht der Geschäftsbücher offenstehen und auch nach Auflösung der Societät von demjenigen verstattet werden muß, welcher dieselben etwa in seinen Besitz genommen hat.

Daß abweichend von dieser, aus dem Wesen und dem Zwecke der Societät fließenden, Regel eine Verpflichtung des socius zur Rechnungsablegung besteht, wenn sie entweder schon beim Abschlusse des Societätsvertrags oder später besonders übernommen worden ist, oder auch, wenn dieser Socius gewisse Geschäfte der Gesellschaft allein dirigirt und besorgt hat, versteht sich von selbst im ersteren Falle, und findet im letzteren seinen Grund darin, daß derjenige, welcher dergleichen Geschäfte für die Societät übernimmt oder übertragen erhält, dadurch zu seinen Mitgenossen in das Verhältniß eines Mandatar oder Institor tritt,*) welches bekanntlich die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung zur Folge hat.

94.

Besorgt der Handwerker bei Gelegenheit einer seinem Geschäftsbereiche angehörigen Bestellung, in Folge speciellen Auftrags diesem nicht angehörige Gegenstände, so fordert er den dießfallsigen Verlag als Mandatar.

II. Sen.-Erk. vom 5. August 1859 ad no. 182/218.

Der unter A. nr. 4. geltend gemachte Anspruch des Klägers **) beruht auf einem Mandate zum Ankauf von sechs Stück Gardinenhaltern. Dieser Auftrag ist p. l. c. im Wesentlichen eingeräumt worden. Der Mandatar ist aber bekanntlich befugt, den Aufwand, den er bei der Ausführung des Mandats für den Mandanten bestritten hat, von diesem restituirt zu verlangen. Der Kläger hat sich nun ausdrücklich darauf bezogen, daß er für die dem Beklagten überlieferten sechs Gardinenhalter, 42 Thlr. an den Fabrikanten N.

---

*) Dieses institorische Verhältniß ist nicht mit dem zu verwechseln, nach welchem jeder Socius Dritten gegenüber, mit welchen er Namens der Societät contrahirt hat, als deren Institor zu gelten hat.

**) Bei dem Kläger, einem Schlossermeister, war von Beklagtem die Lieferung der Schlosserarbeit zu einem Neubaue bestellt. Zugleich hatte jener Auftrag zu Besorgung verschiedener der Befestigung durch ihn unterliegender Zimmerverzierungen erhalten. Dem gemäß waren vom Kläger 6 Stück silberne Gardinenhalter bei einem Fabrikanten N. um 42 Thlr. erkauft und dem Kläger in Rechnung gestellt worden. Letzterer wollte nicht den Verlag, sondern nur den Werth bezahlen.

bezahlt habe, und diesen Betrag muß ihm der Beklagte erstatten, wenn nur der Mandatar bei der Anschaffung und der Bezahlung der fraglichen Gardinenhalter sich keiner, von ihm zu vertretenden Fahrlässigkeit schuldig gemacht und nicht in dessen Folge einen zu hohen Kaufpreis verwilligt hat. Vorausgesetzt kann eine solche Verschuldung nicht werden, vielmehr hätte Beklagter deren Dasein behaupten müssen. Dies ist seinerseits nicht geschehen, es hat also auch hier nicht auf den Beweis der Behauptung erkannt werden können, daß diese Gardinenhalter nicht 42 Thlr. werth gewesen.

95.

Requisite der negotiorum gestio durch Bewirthschaftung eines fremden Grundstücks.

II. Sen.-Erk. vom 12. August 1859 ad no. 181/239.

Der Kläger hatte seine Ansprüche auf Bezahlung eines baaren Dienstlohnes und Erstattung angeblicher Verläge auf die Zeit von Anfang Mai 1856 bis zum 1. September 1857 auf einen Vertrag gegründet, vermöge dessen ihm von dem Beklagten die Bewirthschaftung von dessen Kretschamgute gegen Zusage freier Station und eines baaren Lohnes von jährlich 50 Thlrn. ausdrücklich übertragen worden sei. Der Gesichtspunkt einer auftragslosen Geschäftsführung, welche den Beklagten verpflichten könnte, dem Kläger eine Rechnung abzunehmen und demselben die gehabten Verläge zu vergüten, ist in der Klage nicht hervorgehoben worden. Gleichwohl würde es formell unbedenklich gewesen sein, diesen Gesichtspunkt von richterlichen Amtshalber bei der Entscheidung zu berücksichtigen und die Klage hinsichtlich der Verläge als actio negotiorum gestorum contraria aufrecht zu erhalten, wenn sie nur die zu Begründung eines solchen Anspruchs erforderlichen Thatsachen enthielte. Nach der Meinung der gegenwärtigen Instanz ist dies aber nicht der Fall. Die Bewirthschaftung eines fremden Grundstücks vermöge einer negotiorum gestio wird sich nur dann annehmen lassen, wenn der Besitzer desselben durch Abwesenheit oder aus andern Gründen behindert ist, die für diese Bewirthschaftung erforderlichen Maaßnehmungen selbst zu treffen. Eine solche Behinderung ist auf Seiten des Beklagten nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht eingetreten, und es

ergiebt sich auch aus den von beiden Theilen beigebrachten Briefen, daß Beklagter sich allerdings um die Verwaltung, Bewirthschaftung und beziehentlich den Verkauf jenes Grundstücks bekümmert hat. Der Umstand allein, daß Jemand sich in einem fremden Grundstück aufgehalten, gewisse Dienste daselbst verrichtet, Ausgaben bestritten und Einnahmen gemacht hat, welche objectiv betrachtet in den Bereich der Bewirthschaftung fallen mögen, ist noch nicht geeignet, die Annahme zu begründen, daß er die Bewirthschaftung dieses Grundstücks als ein Ganzes der Geschäftsführung im Interesse und als negotiorum gestor des Besitzers übernommen habe; denn es kann dies auch aus andern, dem Interesse des Besitzers und einer negotiorum gestio für denselben fern liegenden Gründen geschehen sein. Soll aber ohne die Existenz eines zur Rechnungs-Ablegung und Abnahme verpflichtenden Rechtsverhältnisses die negotiorum gestio darin gefunden werden, daß einzelne Ausgaben, welche in der Klage berechnet worden sind, möglicherweise zum Besten des Gutes gereicht haben, so ist dagegen zu erinnern, daß einestheils die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit einer Ausgabe für die Zwecke der Gutswirthschaft den Eigenthümer des Gutes noch nicht unter allen Umständen verpflichten kann, die Bestreitung dieser Ausgabe als eine Verwendung in seinen Nutzen anzuerkennen; anderntheils aber auch die über die betreffenden Verläge und Ausgabeposten in der Klage enthaltenen Angaben zwar für die Zwecke eines Rechnungsprozesses und wenn zuvörderst ein Rechtsverhältniß constatirt ist, welches zu Ablegung und Prüfung einer Rechnung verpflichtet, ausreichen, aber nicht bestimmt und ausführlich genug sind, um außer dem Falle eines solchen Rechtsverhältnisses und ohne die nöthigen Erläuterungen im Moniturverfahren erkennen zu lassen, ob die angeblich bestrittenen Summen auch wirklich für die Bewirthschaftung des in Rede stehenden Grundstücks erforderlich oder nur zweckmäßig gewesen seien.

96.

Die Zusage eines Proxeneticum, „wenn ein Kauf zu Stande komme", giebt dem Proxeneten im Zweifel nur dann ein Klagrecht, wenn der Kauf durch ihn vermittelt worden.

II. Sen.-Erk. vom 26. Aug. 1859 ad no. 213/281.

Wenn nach dem Anführen im Eingange der Klage Beklagter, der dies allerdings verneint, den Kläger mit dem Verkaufe seines Grundstücks beauftragt und ihm für seine Bemühungen, wenn ein Verkauf zu Stande komme, ein halbes Procent der Kaufsumme als Proxeneticum zugesagt hat, so kann diese letztere Zusage nur als für den Fall gegeben angesehen werden, daß in Folge der Bemühungen Klägers ein Kauf zu Stande komme, nicht auch für den, daß ohne Mitwirkung Klägers verkauft werde. Es würde dann wenigstens nicht in Beziehung zum erfolgten Kaufe von einem Proxeneticum die Rede sein können, vielmehr weil präsumtiv Mäklerlöhne nur von den durch Mäkler zu Stande gebrachten Geschäften zu entrichten sind,

Treitschke, Kaufkontrakt §. 39. S. 65.

Curtius, Handbuch Th. IV. §. 1616.

nur von einer mehr die Natur der remuneratorischen bedingten Schenkung annehmenden Zuwendung.

97.

Der gewerbmäßige Mäkler kann für Zustandebringung eines ihm aufgetragenen Geschäfts, auch wenn ihm kein bestimmter Lohn versprochen, einen solchen nach richterlichem Ermessen beanspruchen. — Diesfallsige Begründung der Klage.

II. Sen.-Erk. vom 26. Aug. 1859 ad no. 221/280. beff. 3.

Nach bekannten Rechtsgrundsätzen

v. Langenn u. Kori, Erörterungen &c. Th. 1. Nr. 1. S. 11.

ist nicht anzunehmen, daß Jemand Dienstleistungen, aus welchen er ein Gewerbe macht und welche er einem Dritten, auf dessen An-

suchen gewährt hat, unentgeltlich habe gewähren wollen, vielmehr streitet solchenfalls für die Absicht, solche angemessen zu honoriren, auf Seiten des Auftraggebers jederzeit die Vermuthung rc.

Anlangend nun die Höhe des Mäklerlohnes selbst, so ist es allerdings ganz richtig, daß, abgesehen von einem besonderen Versprechen, dergleichen in der Klage behauptet worden ist, Kläger nicht ohne Weiteres 1 proCent von der Kaufsumme zu beanspruchen befugt sein würde, da, mit Ausnahme der Leipziger Mäklerordnung vom 7. März 1818 (Ges.-Samml. v. J. 1855. S. 92 fg.), welche nur für Leipzig Geltung hat und überhaupt auch nur auf Wechsel- und Waarengeschäfte sich bezieht, gesetzliche Vorschriften für die Höhe von Mäklerlöhnen in Sachsen nicht existiren, und ebenso wenig von einer örtlichen Observanz in Dresden hierunter etwas bekannt ist. Allein diese Erwägung schließt immer nicht aus, daß der Mäkler in den Fällen, wenn ihm überhaupt Etwas nicht, oder wenigstens kein der Höhe nach bestimmtes Mäklerlohn versprochen worden, nichtsdestoweniger ein entsprechendes Honorar zu verlangen befugt ist, welches sodann nach der Beschaffenheit der Umstände und dem Umfange der gehabten Bemühungen durch richterliches Ermessen festzustellen ist,

L. 3. D. de prox. (50. 14.)
Curtius, Handbuch Th. IV. §. 161. Nr. 3.
Zeitschr. f. Rechtspfl. rc. N. F. Th. V. S. 371.

vorausgesetzt nur, daß hierzu hinreichende Unterlagen in den Acten vorhanden sind.

98.

Die Annahme einer Schuldverschreibung über eine höhere als die gezahlte Summe berechtigt den Schuldner nicht zur Klage auf Nachzahlung.

II. Sen.-Erk. v. 24. Aug. 1859. ad no. 410/266. deff. J.

Wenn nicht schon der Umstand zu Abweisung der Klage führen müßte, daß Klägers Cedent das in der Schuldverschreibung vom 2. Mai 1853 enthaltene Empfangsbekenntniß in dem Nachtrage zu dieser Verschreibung vom 9. Juni 1853 ausdrücklich wiederholt hat, so würde das Klaggesuch auch deshalb als unstatthaft sich darstellen,

weil mittels der querela non numeratae pecuniae, insoweit sie als anticipirte Ausflucht die Klage aus der Schuldverschreibung zu provociren bestimmt ist, nur die Entlastung von dem schriftlich anerkannten Schuldnexus, oder wenn sie die Natur der Condiction annimmt, nur die Rückgabe oder Ungültigkeitserklärung der Schuldverschreibung zum Gegenstande haben kann,

L. 7. Cod. de non num. pec. (4. 30.)

L. ult. Cod. de condict. ex lege (4. 9.)

L. 1. pr. D. de condict. sine c. (12. 7.)

Lauterbach Colleg. theor. pract. tom. I. Lib. XII. tit. 1. §. 59.

nicht aber die Nachzahlung der angeblich nicht erhaltenen Summe. Diese letztere würde nur durch Bezugnahme auf ein pactum de mutuo dando begründet werden können.

Eines solchen ist aber in der Klage nicht gedacht, der ganze Anspruch vielmehr auf die Behauptung gestützt, daß die jetzt geforderten 550 Thlr. dem Erborger weniger gezahlt worden seien, als die verschriebene Summe von 1450 Thlr.

99.

Nachdruck von Formularen.

II. Sen.-Erk. vom 5. Aug. 1859 ad no. 83/206. desſ. J.*)

Bei dem Widerstreite der Seiten der ersten Instanz adoptirten Ansicht der ersten Section des Sachverständigen-Vereins für literarisches Eigenthum zu Leipzig und der Auffassung der zweiten Instanz in Betreff der Frage, ob vorausgesetzt, daß die in die Relata Bl. aufgenommenen Thatsachen in rechtliche Gewißheit gesetzt werden, die Beklagten sich einer widerrechtlichen Beeinträchtigung des literarischen Eigenthums des Klägers schuldig gemacht haben, bedarf

*) Kläger hatte Formulare für Pathenbriefe entworfen und für seine Rechnung zum Vertriebe drucken lassen. Beklagte druckten solche nach. Auf diesfallsige Klage sprach die 1. Instanz, nach eingeholtem, dem Kläger günstigen Gutachten des Sachverständigenvereines condemnatorisch. Die 2. Instanz wies die Klage ab. Die 3. stellte aus obbemerkten Gründen im Wesentlichen die Ima her. Die species facti und die Erkenntnisse 1. und 2. Instanz sind im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1859. S. 144 f. mitgetheilt.

es, indem man sich im Wesentlichen der ersteren Ansicht anschließt, einer speciellen Prüfung der Rationen, welche die zweite Instanz zu Rechtfertigung ihrer Auffassung Bl. ertheilt hat und welche im Wesentlichen auf Folgendes hinauskommen.

A) Die vorige Instanz hebt Bl. zunächst hervor, daß das Gesetz vom 22. Febr., 1844 gegen Nachdruck literarischer Erzeugnisse Schutz verleihe, nicht aber sich des Ausdrucks: „Preßerzeugniß" (im Allgemeinen) bediene, und findet das Criterium in dem Zwecke und Gebrauche, zu welchen dieselben bestimmt sind; und nun

a) den Zweck literarischer Erzeugnisse darin, die Gedanken, Ansichten, Kenntnisse, Erfahrungen 2c. des Verfassers auf Andere geistig zu übertragen, also von einer unbestimmten Vielzahl gelesen zu werden.

Sie bezeichnet die in einer Druckschrift niedergelegten Ideen, Kenntnisse 2c. als das geistige Eigenthum des Verfassers, welches insofern Mittel zum Gelderwerb sein könne, als derjenige, welcher eine Druckschrift kaufe, um von dem Inhalte irgend einen Nutzen zu ziehen, dafür einen Preis bezahle, durch welchen er nicht allein für die Kosten des Papiers und Druckes, sondern auch für die geistige Mühwaltung des Verfassers eine Entschädigung gewähren müsse.

Dagegen diene die Presse

b) einem anderen Zwecke, wenn sie zu Anfertigung von Formularen zu solchen Schriftstücken benutzt werde, von denen jedes einzelne Exemplar, nachdem es von dem, welcher davon Gebrauch macht, mittelst handschriftlicher Ausfüllung der beim Druck gelassenen Lücken vervollständigt worden, zu einer besonderen, in jedem einzelnen Falle verschiedenen Bestimmung verwendet werde. Hier sei Zweck Ersparung des (mechanischen) Schreibens und also ein solches Formular nicht literarisches Erzeugniß im Sinne des Gesetzes.

Unter die letztbemerkte Kategorie gehörten nun aber ganz offenbar die Bl. ersichtlichen Formulare zu Gevatterbriefen, indem sie

1) ohne handschriftliche Ausfüllung keinen Sinn gäben,
2) der Käufer sie nicht um die darin enthaltenen Gedanken in sich aufzunehmen und sich deren Inhalt sonst zu Nutzen zu machen, vielmehr

3) lediglich zu dem Zwecke, um die Mühe des Schreibens zu ersparen, erwerbe, auch

4) diese ausgefüllt in der Hand des Adressaten lediglich die Stelle eines zu einem einzelnen Zwecke geschriebenen Briefes vertreten.

Hierunter ist nun zu entgegnen, daß

ad 1. die betreffenden Schemas so viel Sinn geben, daß eben jeder des Schreibens einigermaaßen Kundige, den Ideengang des Autors verstehen und zu Herstellung eines richtig stylisirten Briefes benutzen kann,

ad 4. auf die Function dieser Druckstücke in der Hand des Adressaten etwas nicht ankommt, endlich

ad 2. und 3. folgende Erwägungen maaßgebend erscheinen. Man kann nämlich dahingestellt sein lassen, inwiefern die oben ad a. und b. bemerkte Distinction zwischen literarischen Erzeugnissen und anderen so zu sagen nicht literarischen Preßerzeugnissen, in der Art, wie solche von der vorigen Instanz versucht worden, in dem Sinne des Gesetzes vom 22. Februar 1844 eine zutreffende ist; oder ob, insofern sich bei einem großen Theile der unter b. characterisirten Preßerzeugnisse eine Verfolgung wegen Nachdrucks nicht statthaft erweisen wird, dies nicht sowohl aus deren Zwecke als aus der Unthunlichkeit folgt, die Urheberschaft im Sinne des Gesetzes nachzuweisen, als wonach sich eine Bl. im Hinblick auf Wechselformulare gewählte Analogie erledigt. Keinen Falls vermag man der Ansicht voriger Instanz in der Beantwortung der Frage beizupflichten, daß die hier in Rede stehenden Gevatterbriefformulare in dem von ihr selbst erläuterten Sinne nicht der Kategorie unter a, sondern lediglich der unter b angehörige Preßerzeugnisse seien.

Die vorige Instanz bemerkt selbst Bl., daß wenn Kläger eine, wenn auch aus einem einzigen Musterexemplare eines Gevatterbriefes bestehende Anweisung zu zweckmäßiger Anfertigung von Gevatterbriefen drucken lassen, die Vervielfältigung einer solchen Druckschrift ohne seine Erlaubniß als Nachdruck im Sinne des Gesetzes vom 22. Februar 1844 anzusehen sei. Nun ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß bei dem hier in Frage stehenden Preßerzeugnisse beide oben unter a. und b. detaillirte Fälle und zwar der erstere fast noch mehr als der zweite repräsentirt sind.

Denn die Belehrung über die nach Klägers Ideenkreise zweckmäßige Form eines Gevatterbriefs wird im Wesentlichen eben so gut durch ein unausgefülltes Musterexemplar eines solchen, als durch ein ausgefülltes ertheilt, und es läßt sich sogar annehmen, daß Jemand, der die Fähigkeit, einen Gevatterbrief selbstständig zu entwerfen, hat, oder sich zutraut oder wenigstens zur Schau zu tragen wünscht, sich eines solchen Formulars nicht bedienen wird, weil dessen Benutzung eben den Schein verbreitet, als bedürfe er dieser seine geistige Thätigkeit auf ein sehr geringes Maaß reducirenden Anleitung — so zu sagen Stylführung — um einen Gevatterbrief zu schreiben. Daß inzwischen Personen, welche keinen Anstand zu nehmen haben, bei einem Briefe sich eines von einem Dritten gegebenen Musters zu bedienen, diese Musterformulare des Klägers um so lieber benutzen werden, als sie zugleich dem unter b. entwickelten Zwecke dienen, mag, wie gedacht, nicht bestritten werden. Es kann aber, wenn eben jenem Schema, wie oben gezeigt, die Qualität eines literarischen Erzeugnisses nicht gänzlich abzusprechen ist, — mag auch, wie die Sachverständigen hervorgehoben, die geistige Thätigkeit, die das Zustandebringen eines solchen Schemas erfordert, als eine sehr geringfügige erscheinen, — diese Richtung der Brauchbarkeit nicht die ersterwähnte gänzlich paralysiren. Vielmehr concurriren eben hier beide dergestalt, daß das fragliche Preßerzeugniß, weil nach einer Seite, immerhin als ein literarisches betrachtet werden muß. Man hat daher um so weniger Bedenken gefunden, der Ansicht der ersten Instanz vor der zweiten den Vorzug zu geben, als jene auf der Basis des in sich wohl motivirten Gutachtens des Sachverständigen-Vereines fußt, und, wenn schon solches für den erkennenden Richter nicht schlechterdings maaßgebend ist, doch, wie das OAG. bereits früher*) ausgesprochen, zumal in Anbetracht der jenem seiner Zusammensetzung nach unzweifelhaft innewohnenden practischen Erfahrungen und Kenntniß des literarischen Verkehrs, in Zweifelsfällen, und wenn nicht ganz überwiegende Momente ein Anderes anrathen, der Richter sich sachgemäß dieser Basis bedienen mag.

B. Hiernächst ist ein weiterer Grund zu berühren, welchen die

*) Annalen I. S. 221, no. 82.

vorige Instanz zu Rechtfertigung ihrer Ansicht, daß das fragliche Schema kein literarisches Preßerzeugniß im Sinne des bemerkten Gesetzes vom 22. Februar 1844 sei, aus der ziemlich gleichzeitig erlassenen Verordnung, die Angelegenheiten der Presse betr. vom 5. Febr. 1844, herleiten zu können glaubt. In dieser §. 1. II. g., sind nämlich von der damals bestehenden Censur die „nicht zur Literatur gehörigen, sondern Bedürfnissen des Verkehrs, sowie des häuslichen und geselligen Lebens dienenden Drucke" ausgenommen, und werden bei der speciellen Aufzählung unter anderen „Einladungs-, Verlobungs- und Vermählungs-Anzeigen, sowie Anzeigen anderer Familienereignisse" erwähnt. Hierin findet die vorige Instanz in Anbetracht der fast gleichzeitigen Emission dieser Verordnung und jenes Gesetzes Stoff zu einer gewissermaaßen authentischen Interpretation des Ausdruckes „literarische Erzeugnisse" im Sinne des Gesetzes, indem sie ein Schema zu einem Pathenbriefe als zu den in §. 1. II. g. der Verordnung ausgenommenen Preßerzeugnissen zählt und hieraus folgert, es sei bei Emission der Verordnung ein solches Schema als nicht zur Literatur gehörig bezeichnet und somit nicht als literarisches Erzeugniß in dem Sinne des Gesetzgebers zu erachten. Sie gedenkt hierbei endlich, daß die Bestimmungen des §. 1. II. g. im Wesentlichen auch in dem Preßgesetze vom 14. März 1851. §. 2. wieder zu finden seien.

In wie weit hierunter der vorigen Instanz insofern beigepflichtet werden könnte, als sie annimmt, es genieße das fragliche Schema der in §. 1. der Verordnung, §. 2. des letzterwähnten Gesetzes gedachten Befreiungen, kann dahin gestellt bleiben, obschon bemerklich gemacht werden mag, theils daß unter den Anzeigen von Familienereignissen präsumtiv zunächst nicht Schemata zu dergleichen, sondern vollständige Anzeigen gemeint sein dürften, theils, daß wenn die Publication eines solchen Schema zu Pathenbriefen, wie denkbar, benutzt werden wollte, um gewissen doctrinellen Sonderauffassungen in Bezug auf die kirchliche Bedeutung der Taufe Eingang zu verschaffen, es nicht schwer werden würde, den Nachweis zu liefern, daß solche Schemata in §. 1. II. g. nicht gemeint seien.

Im Uebrigen aber vermag man der vorigen Instanz nicht beizupflichten. Denn theils kommt, das Gesetz vom 22. Febr. 1844

und die Verordnung vom 5. Febr. 1844 angehend, in Betracht, daß beide von verschiedenen legislativen Factoren ausgegangen sind, wie denn das Gesetz vom 14. März 1851 gerade den hier zu Interpretation benutzten Ausdruck: „nicht zur Literatur gehörige ꝛc." vermieden hat, theils daß in dem Gesetze den Gegensatz von literarischen Erzeugnissen, Werke der Kunst, in der Verordnung aber den Gegensatz von „zur Literatur gehörigen" solche Drucke bilden, welche zu Bedürfnissen des Gewerbes und Verkehrs, so wie des häuslichen und geselligen Lebens dienen, theils endlich, daß der Gesichtspunct der Preßaufsicht und der des Schutzes des literarischen Eigenthums ein ganz verschiedener ist, welcher gegenseitige Bezugnahme nicht füglich gestattet.

C. Endlich nimmt die vorige Instanz noch ein Argument aus den Motiven des Gesetzes vom 22. Febr. 1844. insofern darin

vergl. Landtagsmittheil. 1842/43. II. Kammer I. Seite 1088.

bemerkt ist, daß der Fall der unterbliebenen Benennung eines Verlegers ꝛc. bei Druckschriften die im Königreiche Sachsen erscheinen, nicht vorkommen könne, gleichwohl aber in der Verordnung §. 27. dieser Mangel bei den §. 1. II. g. gedachten Preßerzeugnissen nachgesehen sei. Es beweist jedoch auch dieses Argument, abgesehen von dem Bedenken der Ungleichheit der Terminologie „Druckschrift" und „literarisches Erzeugniß" aus den sub B. in fine erwähnten Gründen, beziehentlich um deswillen nichts, weil jene beiläufige Bemerkung doch offenbar nur mit Rücksicht auf die damals bestehende, nicht aber in Hinblick auf die spätere Preßgesetzgebung entflossen ist.

100.

Zur Lehre von der condictio indebiti, — Begründung und Beweislast.

II. Sen.-Erk. vom 18. Aug. 1859. ad no. 192/246. deff. 3.

Wenn Beklagter sich wiederholt auf l. 25. D. de probat. et praesumt. (22. 3.) beruft und daraus deduciren will, daß Kläger verbunden gewesen sei, justam ignorantiae causam zu beweisen, bevor er für berechtigt anzusehen werden könne, das, was er an Beklagten zuviel gezahlt habe, zurückzufordern, so befindet er sich im Irrthume.

Die ganze Gesetzstelle handelt nicht direct von den Bedingungen, unter denen eine Nichtschuld zurückgefordert werden kann, son-

dern davon, wem der Beweis des Umstandes auferlegt werden solle, daß eine Nichtschuld bezahlt worden sei.

In dieser Hinsicht wird so unterschieden, daß der Empfänger der Zahlung, wenn er anfänglich den Empfang selbst geleugnet, der Zahler aber die erfolgte Zahlung bewiesen hat, angehalten werden soll, zu beweisen, daß ihm das Geld, welches er empfangen, auch wirklich geschuldet worden sei. Wenn ab r der Empfänger der Zahlung diese Thatsache gleich anfänglich einräumen, aber behaupten sollte, daß ihm das gezahlte Geld vom Zahler auch wirklich geschuldet worden sei, so solle der Zahler verbunden sein, zu beweisen, daß er das gezahlte Geld nicht schuldig gewesen, und daß er entweder in Folge eines dolus des Empfängers oder in Folge einer justa ignorantiae causa Zahlung geleistet habe.

Wenn nun aber nach l. 1. C. de condict. indeb. (4. 5.) schon darin, daß jemand irriger Weise glaubt, seine Schuld an seinen Gläubiger betrage mehr, als es wirklich der Fall ist, ein entschuldbarer Irrthum gefunden werden muß, so daß es einer besondern Darlegung der Veranlassung zu diesem Irrthume nach Ansicht des OAG.

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 16. S. 348.

nicht erst bedarf, so konnte zu Auflegung eines Beweises für den Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreite überhaupt nicht mehr gelangt werden, nachdem der Beklagte nicht nur den Umstand, daß Kläger an ihn 1384 Thlr. 9 Ngr. 2 Pf. in verschiedenen Posten bezahlt und daß er von dem Kläger überhaupt nur 1008 Thlr. — Ngr. 3 Pf. zu fordern gehabt habe, zugestanden hat. Die Existenz einer indebite erfolgten Zahlung nach Höhe von 376 Thlr. 8 Ngr. 9 Pf. steht daher nach des Beklagten eignen unzweideutigen Bekenn nissen fest.

Hat nun Beklagter daneben behauptet, daß Kläger eine unter den mit aufgerechneten Posten befindliche, am 12. Aug. 1856 geleistete Zahlung von 475 Thlr. nicht auf die Forderung Beklagtens, sondern auf eine der Ehefrau des Beklagten gegen Klägern zustehende Kaufgelderforderung geleistet habe, so hat Beklagter dadurch einerseits die erhobene Klage insofern gestützt, als er zugiebt, Kläger habe nicht animo donandi, sondern in der Absicht gezahlt, sich da-

durch von einer Verbindlichkeit zu befreien, anderer Seits aber eine Exception geltend gemacht, deren Beweis ihm natürlich obliegt.

101.

Der auf Alimentation eines außerehelichen Kindes gegen den Stuprator klagenden, verehelichten Mutter, steht an sich die Vermuthung entgegen, daß während der Dauer der Ehe der Ehemann die Alimente bestritten, und diese Vermuthung wird nicht durch des Letzteren Beitritt zur Vollmacht beseitigt.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1859 ad no. 179/165. bess. Z.

Das OAG. hat bereits in mehreren seiner Cognition unterlegenen Rechtssachen der gegenwärtigen Art die Ansicht ausgesprochen, daß die Mutter eines außerehelichen Kindes, wenn sie für ihre Person gegen den Stuprator auftritt, ihren Anspruch auf Gewährung der gesetzlichen Alimente in Ermangelung anderer vertragsmäßiger Verpflichtungsgründe aus dem Gesichtspuncte einer negotiorum gestio geltend machen müsse, wozu gehöre, daß sie die Unterhaltung und Erziehung des Kindes übernommen und bestritten habe, und daß letzteres zwar bei einer ledigen Frauensperson präsumirt werde, bei einer Ehefrau aber diese Präsumtion nicht Platz greife, im Gegentheile zu vermuthen sei, daß, wenn die Ehefrau das außer der Ehe erzeugte Kind bei sich behalten und erzogen, der durch dessen Unterhalt und Erziehung entstandene Aufwand zugleich mit den übrigen Kosten des Haushaltes von dem Ehemanne bestritten worden sei.

Nach dieser Ansicht, welche unter andern in den in der

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 13. S. 352 fg., Bd. 16. S. 158 fg., Bd. 17. S. 280 fg.

abgedruckten Entscheidungsgründen näher ausgeführt worden, und auf die deshalb zu verweisen ist, hatte daher Klägerin, die als jetzt verehel. Z. klagend aufgetreten, zur Beseitigung jener ihr entgegenstehenden Präsumtion in der Klage die erforderlichen Thatsachen geltend zu machen. Solche Umstände enthält jedoch dieselbe nicht, und sie erscheint deshalb in der bemerkten Beziehung angebrachter Maaßen unstatthaft, dafern nicht, was die vorige Instanz ange-

nommen, gedachter Mangel durch die von dem Ehemanne bewirkte Mitvollziehung der Vollmacht für beseitigt zu achten ist. In diesem Beitritte des Ehemannes zu der Proceßvollmacht ist aber nur die Genehmigung zu finden, daß Klägerin die für ihre Person erhobene Klage an- und fortstelle, eine Cession seiner Ansprüche an dieselbe und eine Uebertragung des dominii litis auf sie ist, wie in den obangezogenen letzteren Entscheidungen gleichfalls näher bemerkt worden, darau nicht abzuleiten.

102.

Subsidiäre Alimentationsklage. — Abwesenheit des Schwängerers auf der Wanderschaft steht im Zweifel der Vermögenslosigkeit gleich.

II. Sen.-Erk. vom 26. Aug. 1859. ad no 32 /288. deſſ. J.

Das OAG. ist der Ansicht und hat bereits mehrfach darnach erkannt,

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. Th. 18. S. 249.

daß der in §. 6. des schon angezogenen Mandats ausgedrückten Voraussetzung, wenn der Vater eines unehelichen Kindes zu dessen Ernährung Etwas beizutragen unfähig ist, der Fall, wenn der Schwängerer als Handwerksgesell auf der Wanderschaft im Auslande sich befindet, so lange wenigstens als letztere andauert, in dubio gleichgestellt werden müsse, weil der in der Natur solchen Verhältnisses liegende fortwährende Wechsel des Domicils des Schuldners keinerlei Bürgschaft für eine sichere und prompte Rechtsverfolgung, auf welche Alimentenansprüche vorzugsweise angewiesen sind, gewährt, in welcher Beziehung auch selbst die Bekanntschaft der Berechtigten mit dem momentanen Aufenthaltsorte des Schwängerers, deren Klägerin in der Klage selbst gedenkt, zu Gunsten der subsidiarisch Verpflichteten in der Regel etwas nicht ändern kann.

103.

Subsidiäre Alimentationsklage. — Die Bescheinigung der Mittellosigkeit näher verpflichteter Personen hat sich nicht blos auf deren Vermögenslosigkeit, sondern auch darauf, daß solche erwerbsunfähig sind, zu erstrecken. — Modalität dieser Bescheinigung.

Dasselbe Erkenntniß.

Die eigene Unfähigkeit der Klägerin und der Eltern derselben zu Erziehung des Kindes ist zur Zeit nicht liquid. Denn die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes wird nicht schon durch den Mangel eines beweglichen oder unbeweglichen Vermögens bedingt, sondern es gehört dazu auch die Unfähigkeit des Verpflichteten, die zu Ernährung des Kindes erforderlichen Mittel durch seine eigene Thätigkeit zu erwerben. Wie nun eine derartige Unfähigkeit in der Regel erst dann sich beurtheilen läßt, wenn genauere factische Angaben über die Persönlichkeit, die Erwerbsfähigkeit und die sonstigen Verhältnisse der betreffenden Person vorliegen, so sind dergleichen Momente in den bei den Acten befindlichen gerichtlichen Zeugnissen zu vermissen: in dem ersten, weil dieses, wie der Augenschein lehrt, nichts weiter ist, als ein sogenanntes, für einen ganz anderen Zweck bestimmtes Armuthszeugniß für die Klägerin; in dem zweiten aber, weil darin zwar „auf Grund diesfalls angestellter Erörterungen" bezeugt wird, daß die Klägerin und deren Eltern das Kind der Ersteren aus ihren Mitteln nicht zu ernähren vermöchten, dahingegen dasselbe über die Art der Erörterungen nichts enthält, und eben so wenig über die Frage der Erwerbsfähigkeit, worauf es nach dem Vorstehenden sehr wesentlich mit ankam, überhaupt nur einige Auskunft giebt.

104.

Subsidiäre Alimentationsklage. — Bezugnahme auf geeignete Vermögensverhältnisse der Beklagten gehört zu dem Klaggrunde.

Dasselbe Erkenntniß.

Man ist zunächst mit der vorigen Instanz (AG. Zwickau) darin einverstanden, daß die subsidiarische Verpflichtung der väter-

lichen Großältern eines außerehelichen Kindes zu Alimentation des Letzteren nach den Bestimmungen des Mandats vom 12. Novbr. 1828 keineswegs allein schon durch das nachgewiesene Unvermögen des Schwängerers und der sonst näher verpflichteten Personen bedingt wird, vielmehr zu Begründung einer Klage auf Erfüllung solcher Verbindlichkeit gegen väterliche Adscendenten die Behauptung, resp. der Nachweis gehört, daß die Beklagten ihren Vermögensverhältnissen nach auch zu Gewährung der ihnen abverlangten Alimente im Stande sind, daher diese Frage nicht, wie bisweilen angenommen worden ist, erst der Execution vorbehalten bleiben darf. Wegen näherer Begründung dieser Ansicht genügt es, auf die mehrfache schon in den Acten angezogene Entscheidung, welche in der

Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. N. F. Th. 14. S. 463.

abgedruckt sich findet, zu verweisen.

105.

Restitution der Illaten während der Ehe enthält im Zweifel keine Schenkung.

II. Sen.-Erk. vom 19. Aug. 1859 ad no. 133/252. deff. J.*)

Es ist ein bekannter und von dem OAG. vielfach und constant befolgter Grundsatz, daß die Zurückgabe des eheweiblichen Einbringens während der Ehe keineswegs so ohne Weiteres aus dem Gesichtspuncte einer Schenkung inter conjuges und daher als gesetzlich reprobirt zu betrachten und hinfolglich auch eine Compensation des Einbringens auf den Kaufpreis der vom Ehemanne der Frau kaufsweise überlassenen Sachen keineswegs unzulässig sei.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVII. S. 162. 192.

106.

Vorkaufsrechte gehen im allgemeinen activ und passiv auf die Erben über. Inzwischen ist für jeden concreten Fall die Wortfassung der Stipulation dafür maaßgebend, ob das Recht als jus personalissimum oder nicht eingeräumt sei.

II. Sen.-Erk. v. 10. Juni 1859. ad no. 856.876. von 1858.

Vorkaufsrechte sind an sich nicht zu den sogenannten juribus

---

*) Vergl. auch Annalen I. S. 53.

personalissimis zu rechnen, sondern des activen und passiven Ueberganges auf die Erben der Stipulanten fähig. Denn es handelt sich dabei auf der einen Seite um Vermögensrechte, die ihrer Natur nach von Jedem ausgeübt werden können, welcher den Berechtigten repräsentirt, auf der andern Seite aber um Verbindlichkeiten, welche bei ihrer Unabhängigkeit von der Persönlichkeit des ursprünglich Verpflichteten von dessen Universalsuccessoren in gleicher Maaße, wie es diesem obgelegen, erfüllbar sind. Indessen folgt aus diesem allgemeinen Grundsatze nur, daß die Uebertragbarkeit der Vorkaufsberechtigung oder Verpflichtung auf die Erben dann anzunehmen sei, wenn aus der bezüglichen Disposition selbst das Gegentheil, eine beschränktere Wirksamkeit, sich nicht ergiebt, und bei der Auffassung und Auslegung der einschlagenden rechtlichen Grundlagen ist vor Allem zu berücksichtigen, daß Vorkaufsrechte eine Dispositionsbeschränkung enthalten, welche bekannten Grundsätzen zu Folge überhaupt nicht und namentlich nicht durch eine extensive Interpretation der Wortfassung zu begünstigen ist. Weist daher diese Wortfassung ausdrücklich auf die Person des Berechtigten oder Verpflichteten hin, so darf auch die dadurch begründete Dispositionsbeschränkung nicht über die ihr durch jene Hinweisung gezogene Grenze hinaus erstreckt werden, wenn nicht deutliche Merkmale dafür vorhanden sind, daß ihr eine weiter gehende Wirksamkeit bestimmt ist.

Von diesen Grundsätzen, welche das OAG. zeither in zahlreichen, zu seiner Entscheidung gelangten Rechtsfällen (vergl. außer den Bl. zu lesenden Allegaten aus der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 9. S. 380. Bd. 15. S. 368 fg. noch die im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 2. S. 19 fg. Jahrg. 3. S. 109 fg. Jahrg. 8. S. 11 fg. abgedruckten Präjudizien) namentlich auch in Sachen Gelfert rc. gegen verw. Reichert rc. Monat November 1855 befolgt hat, dermalen abzugehen, liegt ein Anlaß nicht vor.

107.

Beweis der Observanz in Betreff discontinueller Leistungen.

II. Sen.=Erk. vom 4. August 1859 ad no. 174/214.

Die Observanz, welche Klägerin beweisen will,*) betrifft eine Leistung, die nicht regelmäßig, zu jeder Zeit, oder doch in jedem Jahre, sondern nur bei eintretender Gelegenheit gefordert und gewährt werden kann, es müssen also nach der in Sachsen bestehenden Praxis,

vergl. auch die Bekanntmachung des OAG. vom 6. Aug. 1836,

mindestens drei, in ihrer Zeitfolge die Verjährungsfrist umfassende Fälle, in welchen nach der behaupteten Observanz, mithin nach einer gewissen Rechtsnorm gleichmäßig gehandelt worden ist, vorgekommen sein, und wenn geständlich oder erweislich noch mehrere Fälle vorgekommen sind, in welchen nach derselben Rechtsnorm hätte verfahren werden können, so mußte auch bei diesen bewiesen werden, daß das letztere wirklich geschehen sei. Ist also, wie nach &c. in keiner Weise bezweifelt werden kann, im Jahre 1828 eine Ausbesserung des betreffenden Communicationsweges nöthig geworden und erfolgt, und wäre es dabei auch nur zweifelhaft geblieben, ob dieselbe von den Adjacenten oder der Gemeinde veranstaltet worden, so würde schon der Mangel eines bestimmten Nachweises hierüber das Mißlingen des Beweises zur Folge haben.

108.

Zur Lehre von dem Umfange der Ausübung einer durch Verjährung erworbenen Wegeservitut, und zu Erklärung des Satzes: quantum possessum tantum praescriptum.

II. Sen.=Erk. vom 30. August 1859 ad no. 145/260.**)

Geht man von der durch Beklagtens Zugeständnisse begründeten Voraussetzung aus, daß das dem Kläger eingeräumte Befugniß, das

*) Der von der klagenden Gemeinde behaupteten observanzmäßigen Verpflichtung der Adjacenten zu Instandhaltung der Communicationswege.

**) Kläger erhob Confessorienklage, weil ihm das Befugniß zustehe, vermittelst eines über Beklagtens Grundstück führenden Weges seine dahinter

auf der Wiese des letzteren erbaute Heu und Grummt über seine, des ersteren, Wiese abzufahren, durch Verjährung erworben sei, so giebt man dem Zugeständnisse des Beklagten unzweifelhaft keine, den animus confitendi in unzulässiger Weise überschreitende Ausdehnung, wenn man die Bedeutung und den Inhalt desselben nach den für den Verjährungsbesitz und Erwerb maaßgebenden allgemeinen Grundsätzen beurtheilt. Dies hat die vorige Instanz gethan, und wenn sie dadurch zu dem Schlusse gelangt ist, daß Kläger auch das auf seiner Wiese angestandene Erlenholz abzufahren berechtigt sei, so ist dieser Rechtsansicht in gegenwärtiger Instanz nach der actenmäßigen Lage der Sache beizupflichten gewesen.

Man ist dabei von der richtigen Annahme ausgegangen, daß der Gestattung des Abfahrens von Heu und Grummet, als der hauptsächlichsten Erträgnisse, welche das herrschende Wiesen-Grundstück zu gewähren pflege, der Zweck der Bewirthschaftung desselben zu Grunde liege, dieser Zweck aber außer der Abfuhr von Heu und Grummet auch solche Fuhren in sich begreife, welche, wie die hier fraglichen Holzfuhren, zu der Bewirthschaftung jenes Grundstücks als Wiese erforderlich seien.

Mit Unrecht wird die Richtigkeit dieser Annahme von dem Beklagten auf Grund des wiederholt angezogenen Satzes: quantum possessum tantum praescriptum, angefochten. Denn die Regel, daß der Verjährungserwerb nicht weiter reiche, als der Verjährungsbesitz, spricht eben nur aus, daß durch die Verjährung kein stärkeres oder ausgedehnteres Recht erworben werde, als der Character und die Tendenz der betreffenden Besitzhandlungen ausdrückt; sie bedingt aber keineswegs eine solche Auffassung dieser Besitzhandlungen, bei welcher auf die betreffenden Acte lediglich in ihrer nackten äußeren Erschei-

---

gelegene Wiese zu bewirthschaften, Beklagter aber die Abfuhr des auf der Wiese im Laufe der Zeit gewachsenen Erlenholzes auf dem Wege nicht gestatten wolle. Beklagter räumte die seit rechtsverwährter Zeit mit Hilfe dieses Weges geschehene Bewirthschaftung der Wiese als solcher ein, bestritt aber unter dem Bemerken, daß früher Holzabfuhre nicht vorgekommen, seine Verpflichtung, diese zu dulden. Beklagter war in 1. und 2. Instanz zu Duldung des Fahrens, von der 2. (AG. Zwickau) mit dem Zusatze „so oft es die Bewirthschaftung der Wiese als solcher erforderlich macht" verurtheilt, und das OAG. confirmirte auf Beklagtens Rechtsmittel.

nung, ganz abgesehen von der inneren Beziehung zu dem Rechte, welches sie auszudrücken bestimmt sind, Rücksicht zu nehmen wäre.

Eben dieses Recht, nicht die einzelnen Handlungen, in welchen die Ausübung oder Prätension desselben sich äußert, ist der Gegenstand des Verjährungserwerbes, und obschon jene Handlungen selbstverständlich die nächste Quelle zu der Erkenntniß der rechtlichen Natur des verjährten Befugnisses bilden, so würde doch die von dem Zwecke und dem ursachlichen Zusammenhange der Thatsache mit der Absicht des Handelnden gänzlich abstrahirende Betrachtung derselben nicht nur eine einseitige und unvollständige, mithin unrichtige Auffassung enthalten, sondern auch in ihrer strengen Durchführung praktisch zu abnormen und unnatürlichen Consequenzen führen. Daraus, daß die äußere und die innere Seite der einschlagenden Acte im Zusammenhange betrachtet wird, folgt aber nicht, daß, wie Beklagter Bl. meint, der objective Standpunct für die rechtliche Beurtheilung verloren gehe, vielmehr ist derselbe auch von der zweiten Instanz richtig festgehalten worden.

Der Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zuzugestehen sei, zu seiner Wiese, so oft es deren Bewirthschaftung **als solche** erforderlich macht, in der verlangten Maaße — zu fahren, giebt eine objectiv sichere Basis für die Entscheidung von Zweifeln darüber, unter welchen Umständen Kläger dieses Recht auszuüben befugt sei, da vorauszusetzen ist, daß vorkommenden Falles das richterliche Ermessen nach Befinden mit Hülfe Sachverständiger darüber Bestimmung zu treffen vermöge.

Unbegründet ist deshalb das Bedenken des Beklagten, daß er demungeachtet der Willkühr des Gegners, so wie den Nachtheilen einer unsichern und schwankenden Anwendung des Begriffs der Bewirthschaftung ausgesetzt bleibe und insbesondere Kläger durch die vorerwähnte Disposition voriger Entscheidung nicht behindert werde, Veränderungen in der Cultur oder Benutzung des herrschenden Grundstücks vorzunehmen, welche möglicher Weise aus dem Gesichtspunkte rationeller Bewirthschaftung gerechtfertigt sein könnten, in der That aber eine wesentliche Erschwerung der Servitut zur Folge haben würden. Die Bewirthschaftung einer Wiese als solcher, wie ausdrücklich disponirt ist, schließt selbstverständlich die Benutzung

derselben sowohl, wie schon Bl. erwähnt, zu Anlegung eines Torfstichs, als auch überhaupt zu solchen Anlagen der Bl. erwähnten Art aus, durch welche die Eigenschaft des Grundstücks als Wiese völlig aufgehoben oder doch wesentlich verändert werden würde. Im Allgemeinen ist aber auch in dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen, welchem die Entscheidung für vorkommende specielle Fälle anheim gegeben ist, genügende Garantie gegen solche Veränderungen in der Benutzungsweise des herrschenden Grundstücks gegeben, durch welche die Natur und Bestimmung der Dienstbarkeit wesentlich verändert oder die Last derselben erschwert werden würde, ohne daß zur Zeit eine andere oder speciellere als die ausgesprochene Begränzung des streitigen Befugnisses für thunlich oder im Interesse des Beklagten geboten erscheint. Soviel dagegen in dieser Hinsicht die dermalen allein vorliegende Frage betrifft, ob das dem Kläger zuerkannte Befugniß zum Fahren, so oft es die Bewirthschaftung des herrschenden Grundstücks als Wiese erforderlich mache, das Recht zu dem Abfahren des in der Klage bezeichneten Erlenholzes mit umfasse, so hat bereits die vorige Instanz auf die besonderen Umstände*) hingewiesen, welche für die Bejahung dieser Frage auch aus dem nurgedachten Gesichtspuncte sprechen.

109.

Der Cessionar eines bestehenden dinglichen Befugnisses hat auch ohne quasitraditio die zu dessen Schutz dienenden Klagen gegen den Störer.

II. Sen.-Erk. vom 9. August 1859 ad no. 159/228.

Man kann die Frage über die Nothwendigkeit des Hinzutritts der sogenannten quasitraditio bei Servituten und diesen analoger Befugnissen zum Behufe des Erwerbs des dinglichen Rechtes, für deren verneinende Beantwortung namentlich in neuerer Zeit sich die Stimmen vieler und sehr namhafter Rechtslehrer erhoben haben, ganz dahingestellt sein lassen, da es deren Erörterung für die gegenwärtig zu ertheilende Entscheidung nicht bedarf. Denn es

*) Hergeleitet aus den erfahrungsmäßigen Principien der Wiesencultur und aus localen Verhältnissen.

handelt sich im vorliegenden Falle keineswegs von der vertragsmäßigen Constituirung eines Dienstbarkeits- oder dem ähnlichen Rechtes zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, sondern von der Uebertragung eines nach dem Anführen in der Klage bereits bestehenden — und zwar durch Verjährung erworbenen — Befugnisses Seiten des Berechtigten an eine dritte Person, die klagende Gemeinde zu H.; und die zu entscheidende Frage ist nicht sowohl die, ob auf Klägerin schon durch die Uebertragungserklärung allein das dingliche Recht übergegangen oder zu diesem Behufe noch die quasitraditio hinzukommen mußte, sondern besteht vielmehr darin, ob Klägerin durch den mit dem Berechtigten abgeschlossenen Cessionsvertrag zu Anstellung der Klage, wodurch sie rechtlichen Schutz gegen Beeinträchtigung der ihr cedirten Fischereigerechtsame in Anspruch nimmt, für legitimirt zu achten. Diese Frage ist von der ersteren insofern verschieden, als die Sachlegitimation der Klägerin keineswegs nothwendig von dem gleichzeitigen Uebergange des dinglichen Rechtes auf dieselbe bedingt wird, und allerdings zu bejahen gewesen.

Daß durch den Cessionsvertrag allein in den Fällen, wo zu Erlangung eines dinglichen Rechtes die Uebergabe hinzukommen muß, wie z. B. bei dem Eigenthumsrechte, das betreffende Recht als ein dingliches vom Cessionar noch nicht erworben, sondern nur erst ein Rechtstitel zum Erwerb eines solchen durch Uebergabe begründet wird, soll nicht bestritten werden; allein in der Cession des Rechtes liegt jedenfalls zugleich und von selbst, daher auch, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht, die Abtretung der mit dem betreffenden Rechte verbundenen Klagen, und die von dem Cessionar auf Anerkennung des cedirt erhaltenen Rechtes gegen den Verpflichteten oder zum Schutze gegen Störungen in demselben angestellte Klage erscheint somit als actio cessa oder mandata allerdings statthaft. Das Rechtsverhältniß ist solchenfalls so aufzufassen, daß der Cessionar die seinem Cedenten zuständige dingliche Klage vermöge eines von diesem — durch die Cession — erhaltenen mandatum in rem suam anstellt.

Demgemäß genügt nach der Ansicht des OAG.'s zu Beseitigung des von der vorigen Instanz gegen die Statthaftigkeit der vorliegenden

Klage erhobenen Bedenkens die Beziehung der Klägerin auf den beigebrachten, zwischen ihren Vertretern und den ursprünglichen Berechtigten über die in Frage stehende Fischereigerechtigkeit abgeschlossenen Cessionsvertrag.

110.

Der Kohlenzehnt, wenn Reallast, ist eintragbar auf dem betr. Folium.

II. Sen.-Erk. vom 7. Juni 1859 ad no. 319/429.*)

Das OAG. hat sich,

vergl. Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. XVI. S. 272.,

dahin ausgesprochen, daß die Verbindlichkeit den Zehnten von allen auf einem bestimmten Grundstücke geförderten und zum Verkaufe gelangenden Steinkohlen (in Natur oder als Surrogat der Naturallieferung, in Gelde) an einen hierunter geeigneten Dritten, z. B. an die Gerichtsherrschaft, zu entrichten, eine nach deutschrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilende Reallast dieses Grundstücks sei, welche das ganze Grundstück und nicht blos einzelne Bestandtheile desselben afficire, und daß das Recht der Gerichtsherrschaft, unmittelbar gegen den Besitzer des verhafteten Grundstücks wegen dieser Leistung zu klagen, dadurch nicht aufgehoben werden könne, daß der letztere den Abbau der Kohlen einer dritten Person überlasse, weil durch diesen Abbau nur eine Verminderung des unterirdischen Complexes herbeigeführt, im übrigen aber der Bestand des in seiner Gesammtheit verhafteten Grundstücks nicht alterirt werde. Nur ist dabei nicht zu übersehen, daß ohnbeschadet dieser Gesammtverhaftung der Zehnte

*) Auf Beklagtens Gute haftete angeblich zu Gunsten der Lehnsherrschaft W. die Kohlenzehntverpflichtung als Reallast. Beklagtens Besitzvorfahre hatte an den Kläger, den Besitzer jener Herrschaft, das s. g. Unterirdische veräußert, ohne daß hierbei des Zehntbefugnisses Erwähnung geschehen. Nun klagte Kläger als Besitzer der Lehnsherrschaft, unter dem Vorgeben, daß er den gedachten Vertrag nicht in dieser Eigenschaft, sondern für seine Person abgeschlossen, auf Anerkennung und Eintrag des Zehntbefugnisses. Die IIda. (AG. Zwickau) wieß die Klage in der angebrachten Maaße ab, das OAG. confirmirte, schon in Betracht, daß Kläger das Abbaurecht „für sich und seine Nachbesitzer" erworben.

an sich in einer Quote der abgebauten Steinkohlen besteht, und die Verbindlichkeit zu deren Abentrichtung für den Besitzer des verhafteten Grundstücks erst eintritt, wenn der Abbau unternommen worden ist. Gegen die Zulässigkeit der Eintragung des libellirten Zehntbefugnisses auf das folium des verhafteten Gutes läßt sich auch die Ministerialverordnung vom 31. Mai 1855 (Ges. u. Verordn. Bl. von 1855 S. 95.) nicht anziehen, weil sich diese nur auf gewisse Einträge bezieht, welche das von dem Besitze des Gutes getrennte, nach §. 10. des Gesetzes vom 6. November 1843 auf dem folium dieses Gutes verlautbarte Abbaurecht treffen, während es sich im vorliegenden Falle nicht um einen solchen, sondern um den Eintrag einer angeblich auf dem abbaupflichtigen Gute haftenden Reallast handelt. Wenn daher der Besitzvorfahrer des Beklagten J. G. W. den ebenerwähnten Vertrag nicht mit dem Bl. benannten Kläger, sondern mit einer dritten Person abgeschlossen hätte, so würde die auf Anerkennung und Eintragung des libellirten Zehntbefugnisses gerichtete Klage nicht als unschlüssig betrachtet werden dürfen.

111.

Durch die beisatzlose Erhöhung eines Legates in einem Codizille wird im Zweifel an den jenem beigefügt gewesenen Bestimmungen Etwas nicht geändert.

II. Sen.-Erk. vom 16. August 1859 ad no. 58/244.

Daß das frühere Legat der 2500 Gulden durch die spätere codicillarische Bestimmung aufgehoben und ein neues Legat von 2500 Thalern Preuß. Cour. errichtet worden sei, läßt sich nicht annehmen, vielmehr weist der Wortlaut der gedachten Disposition:

> „Alle meine Geschwisterkinder erhalten nach meinem Ableben von den in meinem Testamente bestimmten Summen soviel in Preußischen Thalern, als dieses in meinem Testamente in Gulden gesagt worden ist,“

ganz unzweideutig auf eine bloße Erhöhung der Legate und darunter auch des hier fraglichen um so gewisser hin, als der Testirer die einzelnen Legate nicht wiederholt namhaft gemacht und in Preußischen Thalern ausgedrückt, sondern auf seine frühere Bestimmung sich ganz allgemein zurückbezogen hat, diese mithin

an sich beibehalten und nur insoweit geändert wissen wollte, daß statt Gulden Thaler zu verstehen seien. Hat nun aber hierbei der Testirer L. M. die bei Errichtung des hier fraglichen Legates hinzugefügte Bestimmung, daß die Eltern der B. M.'schen Kinder auf Lebenszeit die Zinsen der legirten Summe beziehen sollen, nicht ausdrücklich wiederholt, so bringen es doch die Regeln der Auslegung eben um deswillen mit sich, diese Bestimmung auch auf das von Gulden auf Thaler erhöhte Legat zu beziehen, weil der Testirer an sich es bei dem früheren Legate gezeigtermaaßen bewenden gelassen und daran nur soviel zu Gunsten der Legatare geändert hat, daß er dem Worte „Gulden" das Wort „Thaler" substituirte.

Der Ausführung der vorigen Instanz (AG. Dresden) ist daher im Wesentlichen beizustimmen gewesen und nur die Bemerkung noch hinzuzufügen, daß der Fall, wo ein Legat sub conditione einer gewissen Person hinterlassen, nachher aber auf eine andere transferirt worden, noch weit prägnanter erscheint, gleichwohl auch in einem solchen Falle die Gesetze die conditio des Legates für wiederholt erachten, wenn es nicht eine solche ist, welche „personae cohaereat".

l. 24. pr. D. de adimend. leg. (34,4.)

l. 95. D. de condit. et demonstr. (35, 1.)

112.

Zu Interpretation des §. 3. des Allodialerbfolgemandates vom 31. Jan. 1829.

II. Sen.-Erk. vom 11. August 1859 ad no. 155/237.

Es liegt klar und unzweifelhaft vor, daß die B.*) sich rücksichtlich der „zu ihrem Nachlasse gehörigen Mobilien, Effecten und „Geräthschaften aller Art", ungeachtet der zu Gunsten Beklagtens über die Gesammtheit ihres Vermögens auf den Todesfall ge-

*) Die B. hatte den Beklagten zum Universalerben testamentarisch ernannt, jedoch disponirt, daß der Erbe die im Nachlasse sich vorfindenden Mobilien rc. den in der im Nachlasse sich vorfindenden besonderen Schrift damit bedachten Personen unbeschwert auszuhändigen habe. Als in dem Nachlasse keine derartige Schrift vorgefunden worden, verlangten die Intestaterben nach §. 3. des angez. Mand., wodurch bekanntlich die Regel: nemo pro parte etc. aufgehoben ist, diese Gegenstände.

troffenen Verfügung, die Disposition vorbehalten hat. Daß sie diese Disposition durch Errichtung eines Legates oder eines dem gleichstehenden Singularfideicommisses — auf welches letztere die Bestimmung im Nachsatze: „daß ihr Erbe die bemerkten Gegen„stände den in der in ihrem Nachlasse sich vorfindenden besonderen „Schrift damit bedachten Personen unerschwert auszuhändigen habe", hinweist — zu treffen beabsichtige, würde nach den Worten des hier einschlagenden §. 3. des Erbfolgemandates etwas nicht ändern, indem es diesem zufolge eben blos darauf ankommt,

> daß ein Erblasser zwar über die Gesammtheit seines Vermögens auf den Todesfall verfügt, jedoch eine oder mehrere bestimmte Sachen davon ausgenommen, oder sich zur Disposition vorbehalten, darüber aber keine gültige Verfügung getroffen hat,

welchenfalls diese Gegenstände den Intestaterben, die dann wie Legatare zu beurtheilen, überlassen werden sollen. Diese gesetzliche Bestimmung hätte daher nur dadurch unwirksam gemacht werden können, wenn die Testirerin ausdrücklich angeordnet hätte, daß für den — unbestrittenermaaßen hier eingetretenen — Fall unterbliebener besonderer Disposition die zu dieser vorbehaltenen Gegenstände dem instituirten Universalerben zufallen sollten, was aber nicht geschehen ist, und auch als im Willen der Testirerin liegend um so weniger vorausgesetzt werden mag, je bestimmter sie erklärt hat, daß sie in einer besondern Schrift über die hier fraglichen Gegenstände nähere Anordnung treffen und eine solche Schrift sich in ihrem Nachlasse vorfinden werde.

113.

Die Vorschriften des Erbfolgemandates vom 31. Januar 1829 §. 121. f. wegen der Activlegitimation des Intestaterben zu Ausübung und Verfolgung einzelner ihm erbgangsweise angefallener Rechte finden auf Testamentserben keine Anwendung.

II. Sen.-Erk. vom 2. Aug. 1859 ad no. 365/212.

Da Kläger nicht gesetzlicher, sondern Testamentserbe des ursprünglichen Gläubigers worden, und in letzterer Eigenschaft durch

das Zeugniß des Fürstlich Reuß-Plaulschen Amtes Unter-Greiz sub B. genügend legitimirt ist, die vom Beklagten angezogenen Vorschriften in §. 121. fg. des Mandats, die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge betreffend, vom 31. Januar 1829, aber nur den Fall betreffen, wenn Jemand, als gesetzlicher Erbe, eine Nachlaßforderung eintreiben oder sonst ein einzelnes Recht des Erblassers ausüben will, also auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung leiden ꝛc.

114.

Rescission einer von dem später insolventen Ehemann an die Ehefrau bewirkten Veräußerung eines Immobile durch die Gläubiger. Zu §. 15. des gesch. Banq. Mand. vom 20. Decbr. 1766. — Diese Bestimmung ist nicht alterirt durch das Hypothekengesetz.

II. Sen.-Erk. vom 19. August 1859 ad no. 133/252.

Der von den Beklagten zu Unterstützung ihrer Appellation aufgestellten Ansicht, daß die Anwendung der gegenwärtig fraglichen Bestimmung in §. 15. des gesch. Banq. Mand. vom 20. Decbr. 1766, wonach ein von dem Ehemanne mit seiner Ehefrau abgeschlossener Kauf über seine Immobilien, wenn zu seinem Vermögen Concurs ausbricht, von der Gläubigerschaft gegen Entrichtung des dafür aus des Eheweibes Vermögen bezahlten Kaufpreises wieder aufgehoben werden könne, die zur Zeit des Kaufsabschlusses vorhanden gewesene materielle Insolvenz des Ehemannes voraussetze, hat man beizutreten nicht vermocht. Die unmittelbare Verbindung, in welche die gedachte Bestimmung mit der vorausgehenden, über die von dem nachher in Concurs verfallenen Ehemanne seinem Eheweibe gemachten Schenkungen und dem dabei ausdrücklich aufgenommenen Satze:

> wenn ersterer (der Ehemann) auch gleich zur Zeit des gegebenen Geschenkes oder der errichteten Schenkung annoch solvendo gewesen,

gebracht worden, läßt nicht füglich bezweifeln, daß der Gesetzgeber auch bei dem Falle des vom Ehemanne an die Ehefrau geschehenen Verkaufes ihm gehöriger Immobilien keine Rücksicht darauf, ob der Ehemann zur Zeit des Kaufabschlusses noch solvendo gewesen oder nicht, hat genommen wissen, vielmehr von dem im Eingange des §.

angedeuteten, den Eheweibern ungünstigen Standpuncte ausgehend und gewissermaaßen aus polizeilichen Rücksichten zum Vortheile der Concursgläubiger eine ganz allgemeine und unbedingte Vorschrift hat ertheilen wollen, und zwar um so weniger, als der Ehefrau keineswegs, wie bei den geschenkten Sachen, eine unentgeltliche Wiederabtretung angesonnen wird, zu welcher es unter Umständen bei einem erst nach eingetretener materieller Insolvenz abgeschlossenen Kaufe in Folge angestellter actio Pauliana nach gemeinrechtlichen Grundsätzen hätte ankommen können,

l. 7. 8. D. quae in fraudem credit. (XLII. 8.)

Puchta, Pandecten, §. 380.

sondern derselben dagegen dasjenige, was sie erweislich aus ihrem Vermögen zu Bezahlung des Kaufgeldes erogirt hat, gewährt werden, und nur die etwaige Uebermasse ad massam concursus gezogen werden soll. Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, daß in manchen Fällen, z. B. wenn die Veräußerung längere Zeit vor Ausbruch des Concurses, wo der Ehemann noch im Wohlstande sich befunden, erfolgt und in der Zwischenzeit der Grundwerth erheblich gestiegen ist, die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung zu einer gewissen Härte führt und die Ehefrau in Beziehung auf Rechtsgeschäfte dieser Art ungünstiger gestellt erscheint als dritte Personen, so können doch Betrachtungen dieser Art nicht dahin führen, den klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers unbefolgt zu lassen.

Ebensowenig aber ist begründet, daß der fraglichen Vorschrift in §. 15. des Banq. Mand. durch das Hypothek-Gesetz vom 6. November 1843 derogirt worden sei. Beklagte übersieht namentlich, wenn sie sich auf die §§. 22. fg. aus dem Grundsatze der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs gezogenen Folgerungen und speciell ertheilten Vorschriften beruft daß der Rechtsgrund, aus welchem gegenwärtig die Wiederaufhebung des zwischen ihr und ihrem Ehemanne abgeschlossenen Kaufes beantragt wird, auf einer speciellen gesetzlichen Vorschrift beruht, und die Möglichkeit dieser Eventualität ,ihr' zumal Kenntniß der Gesetze jederzeit vorauszusetzen ist, beim Erwerbe der Immobilien ihres Ehemannes ebensowenig entgehen konnte, wie z. B. wenn sie sich in dolo befunden oder den Kauf blos zum Scheine abgeschlossen

hätte, sie wissen mußte, daß letzterer ungeachtet ihres Eintrags ins Grund- und Hypothekenbuch der Anfechtung unterliegen könne. Es liegt in der Natur der Sache und leuchtet ohne Weiteres von selbst ein, daß über derartige Behinderungen der Uebertragung eines unwiderruflichen Eigenthumsrechtes das Grund- und Hypothekenbuch keinen Aufschluß geben und derjenige, welchem in seiner Person eine solche Behinderungsursache entgegensteht, sich nicht auf den Mangel einer desfallsigen Bemerkung im Grund- und Hypothekenbuche und darauf beziehen kann, daß er im Vertrauen auf dasselbe gehandelt habe. Jedenfalls würde in Fällen dieser Art allemal die gesetzliche Voraussetzung „des guten Glaubens" fehlen.

IV. Civilproceß.

(Fortsetzung von Heft 3. S. 241.)

54.

Der dem Armen ex officio bestellte Anwalt bedarf einer Vollmacht.

II. Sen.-Erk. vom 24. Aug. 1859 ad no. 276/267. beff. 3.

Conform mit der vorigen Instanz (AG. Zwickau) hat das OAG. an der von ihm bereits vordem wiederholt

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I. S. 360. Nr. 25.
Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. S. 255. sub I.

ausgesprochenen Ansicht festzuhalten, daß der Armenadvocat, auch wenn er vom Proceßgericht bestellt worden, sich mittelst ordentlicher Vollmacht für seinen Clienten legitimiren müsse, weil die Erl. Proc. Ordn. tit. VII. §. 1. den Advocaten die Legitimation allgemein zur Pflicht gemacht hat, ohne bei einem ex officio bestellten Anwalte eine Ausnahme zu machen.

55

Ein Fall der Abweisung einer Klage a limine judicii.

III. Sen.-Verordn. v. 25. Juni 1859. ad no. 160.

Wenn zwar in der Regel Klagen wegen Unschlüssigkeit nicht a limine judicii abzuweisen sind, vielmehr die Cognition über die

24*

Schlüssigkeitsfrage förmlichem Erkenntnisse vorzubehalten ist, dennoch in dem vorliegenden Falle unbedenklich erscheinen mußte, der (auf Zurückweisung der Klage in dieser Maaße gerichteten) Ansicht der vorigen Instanzen beizupflichten, da, abgesehen von vielen anderen augenfälligen Mängeln, insbesondere der Bl. gerügte Mangel der näheren Bezeichnung der beklagten Parthei jede Ausfertigung auf die Schrift Bl. als eine Klage unmöglich macht 2c.

56.

Contumaz des Beklagten in Betreff des Erscheinens im Rechtstermine, oder wegen unterlassener oder verspäteter Einlassung tritt nicht ein, wenn der Kläger im Termine durch einen nicht gehörig legitimirten Sachwalter vertreten ist.*)

II. Sen.-Erk. vom 24. Aug. 1859 ad no. 276/267. beff. Z.

Das OAG. hat die von voriger Instanz (AG. Zwickau) adoptirte Ansicht constant befolgt, daß die Contumaz des Beklagten nicht eintrete, wenn der Kläger den Legitimationspunct noch nicht berichtigt hat, sein Sachwalter noch nicht legitimirt ist. Es stützt sich solche auf gesetzliche Bestimmungen, welche ausdrücklich vorschreiben, „daß der Richter vor Einreichung der Vollmacht auf eine von einem Sachwalter übergebene Klage nicht ausfertigen, oder da der Principal die Klage selbst eingebracht und erst nachgehends einen Bevollmächtigten constituirt, die Vollmacht gleich Anfangs — im Termine, wenn Kläger nicht persönlich erscheint — und bei dem ersten Satze" — vor dem Gesetz vom 27. October 1834 §. 1. (Gef. S. S. 247.) dem, worin die Ungehorsamsbeschuldigung ausgesprochen — „producirt, und ohne Legitimation niemandem etwas nachgeschrieben oder ad acta genommen werden soll."

Erl. der Landesgebr. von 1662. Tit. von Justitiensachen §. 17. (C. A. I. S. 217.)

Mandat vom 18. Febr. 1691. § 4. (C. A. I. S. 1164.)

Erl. Proc. Ordn. ad Tit. VII. §. 1.

---

*) Derselbe Satz wurde in Bezug auf Mängel des Blanquets (vrgl. Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XVII. S. 493. — Annalen I. S. 63.) ausgesprochen und ausgeführt mittelst II. Sen.-Erk. vom 18. Aug. 1859 ad no. 314/247.

Damit harmonirt die Ansicht bewährter Rechtslehrer

Rivini Ennnc. Tit. X. en. 37.

Gribner Princ. Proc. L. I. c. II. S. II. §. 2. p. 79. ed. Vtae.

Biener, Syst. Proc. §. 88. not. 8. p. 161. ed. IVtae.

Pfotenhauer, Proc. §. 310. not. X. §. 320. not. X.

Kind, quaest. for. III. c. 43. p. 197. ed. IIdae.

sowohl der auch bereits vom vormaligen AG. durch Beschluß vom 30. Decbr. 1826. §. 13. ausdrücklich anerkannte Gerichtsbrauch.

Das obangezogene Gesetz vom 27. October 1834 §. I. hat hierunter Etwas nicht ausdrücklich geändert, vielmehr nur die Nothwendigkeit der Ungehorsamsbeschuldigung Seiten des nicht säumigen Theiles aufgehoben, und wie, obschon auch hierunter dieses Gesetz Etwas nicht disponirt, unzweifelhaft von Contumaz des Beklagten nicht die Rede sein kann, wenn Kläger im Termine selbst oder durch einen Sachwalter gar nicht erschienen ist, so hat man nach wie vor die obbemerkten Rechtsgrundsätze auch dann aufrecht erhalten müssen, wenn der Kläger nicht rite, z. B. nur durch einen nicht oder nicht richtig legitimirten Sachwalter erschienen ist.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. I. S. 442. Nr. 34. XVII. S. 160.

Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1845. S. 400. 1847. S. 200. 1848. S. 165. 1850. S. 208.

57.

Daß Jemand zu einer Leistung nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts pflichtig ist, schließt nicht aus, daß jener einen Dritten dießfalls aus einem Privatrechtstitel im Civilwege in Anspruch nehmen könne.

II. Sen.-Erk. vom 18. Mai 1859 ad no. 9/103 deff. Z.

Man kann sich mit der vorigen Instanz darüber einverstehen, daß die Berufung der Klägerin auf den jüngsten Besitz des Rechtes

die Instandhaltung der auf dem Communicationswege zwischen F. und P. über die Röderbach führenden hölzernen Brücke zu fordern

an sich nicht geeignet sein würde, die Competenz der Justizbehörden nach Maaßgabe der Vorschrift in §. 11. des Ges. über Competenz-

verhältnisse vom 28. Januar 1835 zu begründen, wenn wirklich die hierüber entstandene Differenz eine Irrung in Verhältnissen des öffentlichen Rechtes wäre.

Der Klagdarstellung zufolge ist jedoch eine Irrung dieser Art in dem vorliegenden Falle nicht anzunehmen gewesen. Denn Klägerin stellt nicht in Abrede, daß sie selbst zu der der Beklagten angesonnenen Leistung dem Staate gegenüber principalverpflichtet sei, sie behauptet nur, daß, unbeschadet dieser Verpflichtung, ein Rechtsverhältniß unter den Partheien bestehe, vermöge dessen die Erfüllung derselben an ihrer, der Klägerin, Statt von der Beklagten zu bewirken sei. Die Wahrheit dieser Behauptung vorausgesetzt, berührt das Verlangen der Klägerin den Anspruch des Staates auf die Instandhaltung jener Brücke an sich offenbar nicht, und bleibt ohne alle Beziehung auf das öffentliche Interesse, für welches es gleichgültig ist, ob jenem Anspruche von der Klägerin selbst und unmittelbar oder Namens und anstatt ihrer von Dritten genügt werde, ingleichen aus welchem Grunde diese dritten Personen eine anscheinend fremde Verbindlichkeit erfüllen. Die Erörterung und Entscheidung über die rechtliche Veranlassung beziehentlich Nöthigung zu dieser Erfüllung Seiten dritter Personen kann daher unbedenklich den Justizbehörden vindicirt werden.

58.

Die Beurtheilung der Frage: ob der Producent einer Urkunde (Acten) verlustig, weil die Angabe der Folien bei dem Beweise fehlt, fällt in der Regel der Definitive anheim.

II.Sen.Erk. v. 26. Aug. 1859. ad no. 222/287. dess., J.

Da sich das Productionserkenntniß nur mit der rein formellen Seite der gebrauchten Beweismittel, ihrer Induction und Production, zu beschäftigen hat, so gehört die Erörterung der Frage, ob die von dem Widerbeklagten vermißte Angabe der Actenstellen, auf welche sich die Widerklägerin bei der Beweisurkunde F. beziehen wollen, ein wesentlicher Mangel und aus diesem Grunde auf die sonst, in ihrer Eigenschaft als ein gerichtliches Actenstück rechtzeitig inducirte und producirte Urkunde bei der Entscheidung über

die Hauptsache keine Rücksicht zu nehmen sei, mehr in das Gebiet der Definitivsentenz, als in das des Productionserkenntnisses, weil dieselbe sich nicht sowohl auf die äußere Form, worin jene Urkunde zur Recognition vorgeführt werden mußte, als auf die innere Anlage des Beweises und die vorschriftsmäßige Benutzung derselben bei der Ausführung des Beweissatzes bezieht. Mindestens aber läßt sich im vorliegenden Falle der gerügte Mangel der Folienangabe unter den bezüglichen Beweisartikeln nicht als ein so wesentlicher Verstoß gegen die formrichtige Induction betrachten, daß in Folge desselben auf Verlust der Urkunde F. zu erkennen gewesen wäre.

59.

Zeugnisse auswärtiger Behörden unterliegen, in Betreff der Beweiskraft, gleichen Anforderungen wie die inländischer.

III. Sen.-Verordn. v. 28. April 1859 ad no. 122. deff. J.

Zeugnisse einer inländischen Behörde sind nach der Ansicht des OAG. nur dann voll beweisend, wenn sie auf liquiden und actenmäßigen Unterlagen beruhen und diese in dem Zeugnisse selbst mit der genügenden Specialität und Bestimmtheit angezogen sind.*) Geringere Anforderungen können in der Regel auch an das Zeugniß einer auswärtigen Behörde nicht gestellt werden.

60.

Eheleute sind für einander nach Trennung der Ehe an sich nicht weiter unzuläßige Zeugen.**)

II. Sen.-Erk. vom 26. Aug. 1859 ad no. 222/287. deff. J.

Die Zuläßigkeit des Beweiszeugen III. kann, da nach dem Zeugnisse VI. die zwischen demselben und der Widerklägerin be-

*) Ausführlicher sind die Requisite öffentlicher Zeugnisse entwickelt in den in der Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XIII. S. 280 flg. no. 96. und S. 475. no. 189. und Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1858 S. 307. abgedruckten Entscheidungen des OAG. In dem vorliegenden Falle handelte es sich um den in der Ueberschrift ausgesprochenen Satz.

**) Daß während der Dauer der Ehe Eheleute für einander unzuläßige Zeugen sind, ist von dem OAG. ausgesprochen in Sachen Schenkel c/a

standene Ehe durch rechtskräftige Entscheidung getrennt und damit das nahe persönliche Verhältniß, aus welchem die Unzulässigkeit der Ehegatten, als Zeugen für einander gefolgert wird, gelöst worden ist, nicht bezweifelt werden. Daß die Thatsachen, über welche der Zeuge III. abgehört werden soll, sich vor der Ehetrennung ereignet haben, würde der Zulässigkeit desselben nur dann entgegenstehen, wenn er dabei ein unmittelbares eignes Interesse hätte, und deshalb als Zeuge in eigner Sache angesehen werden müßte. Das letztere läßt sich aber wenigstens zur Zeit nicht annehmen und die Frage, inwieweit der Zeuge verdächtig sei, ist in der Definitive zu beantworten.

61.

Die accessorische Adhäsion erledigt sich nicht durch spätere Zurücknahme des Hauptrechtsmittels.

II. Sen.-Erk. vom 25. Aug. 1859 ad no. 322/274. beff. J.

Dem Ausspruche der vorigen Instanz (AG. Zwickau), daß die bei Gelegenheit der von dem Beklagten gegen den Gerichtsbescheid eingewendeten Appellation klägerischer Seits bewirkte accessorische Adhäsion an des Beklagten vierte Appellationsbeschwerde, die Förmelung des Eides betreffend, durch die spätere Zurücknahme des Hauptrechtsmittels Seiten des Beklagten nicht zur Erledigung gelangt sei, ist beizutreten gewesen, indem auch das OAG. nach dem Vorgange namhafter Rechtslehrer

Biener, syst. proc. §. 178.

Kind, Quaest. for. Tom. III. cap. 78. p. 345.

so wie des vormaligen AG. der Meinung ist, daß die Adhäsion an eine Appellation, welche, wie in dem vorliegenden Falle, dem Appellaten bereits zur Refutation zugefertigt worden, wegen der hierdurch herbeigeführten Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels stehen bleibt, ohnerachtet später der Appellant seiner Appellation wieder entsagt hat.

Windisch, Erk. vom 2. Mai 1854. — Ztsch. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XIII. S. 466. no. 177.

62.

Bei Prüfung der Schlüssigkeit einer Executivklage ist auch der in die Klagschrift nicht aufgenommene Inhalt der Urkunde benutzbar.

II. Sen.-Erk. v. 16. Aug. 1859 ad no. 281/241. d. J.

Da bei der Executivklage die derselben zu Grunde gelegte Urkunde das eigentliche Klagfundament bildet, so ist es unbedenklich, deren Inhalt als Theil des Klagvorbringens zu benutzen, somit aber, da §. 17. Bl. das Bekenntniß der Uebergabe und den Verzicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags enthält, eine anderweite Bezugnahme auf die Vertragserfüllung Seiten der Kläger für überflüssig zu erachten.

63.

In Executionssachen tritt der gewöhnliche Instanzenzug ein, wenn ein Streitpunct zu rechtlicher Entscheidung ausgesetzt, und diese in Form eines Erkenntnisses ertheilt ist.

II. Sen.-Erk. v. 24. Aug. 1859. ad no. 449/261. dess. J.

(Der Satz wurde ausgesprochen unter Verweisung auf die Abhandlung Roux's in der Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. VIII. S. 19 f.)

64.

Das Erbieten zur diffessio quoad contenta ist in der Wiederklage*) zulässig, und enthält einen selbstständigen Klaggrund.

II. Sen.-Erk. vom 9. Juni 1859. ad no. 247/148.

Der Satz, daß das Erbieten zur diffessio quoad contenta in der Wiederklage zulässig sei, ist von dem OAG., wie auch der Bl. angezogene Vorgang**) bezeugt, zeither constant beim Sprechen befolgt worden.

---

*) Es handelt sich hier wie in allen Präjudizien des OAG., wo von der Wiederklage — nicht Widerklage, wie ein Rechtslehrer schreibt, denn es ist mutua petitio, reconventio — die Rede ist, nur von der des sächsischen, beziehentlich königl. sächsischen, nicht des gemeinen Rechts — vergl. Kori, über den Executivproceß und die Wiederklage, Jena 1826 S. 91 f.

**) Wochenbl. f. merkw. Rf. 1851 S. 238 f.

Nun hat zwar allerdings Klägerin in der Klage bei Erwähnung des Umstandes, daß sie bei Vorlegung der in Frage stehenden Urkunde vor dem Gerichtsamte L. am 13. Juni 1857 dieselbe nur der Unterschrift nach anerkannt, rücksichtlich des Inhaltes aber sich zur Diffession erboten habe, als desfallsigen Grund nur angeführt, daß zu der Zeit, wo sie ihren Namen darunter geschrieben, die Urkunde noch nicht extendirt gewesen, und ebensowenig ihr in der dermaligen Klage erfolgtes gleichmäßiges Erbieten näher motivirt, allein in diesem Erbieten selbst muß nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz die Behauptung gefunden werden, daß die Ausfüllung der im Blanquet unterschriebenen Urkunde wider Wissen und Willen des Ausstellers geschehen sei, weil der Inhalt des Diffessionseides quoad contenta nach Maaßgabe der Bestimmung in §. 6. ad tit. XXV. der Erl. Proz. Ordn. eben darauf gerichtet sein muß und diesen Umstand zu constatiren bestimmt ist.

65.

Bei Edictalerlassen in Gemäßheit der Bestimmungen des Mand. vom 13. Novbr. 1779 §. 1. no. 7. findet das Ausländern durch das Rescr. vom 14. Juni 1728 bewilligte Beneficium nicht Anwendung.

II. Sen.-Erk. vom 3. Juni 1859 ad no. 138/130.

Nachdem der Satz, daß das im Rescript vom 14. Juni 1728 den Ausländern ertheilte Vorrecht, ihre Forderungen noch binnen Jahresfrist, vom ersten Tage des Liquidationstermines an gerechnet, geltend zu machen, sofern nicht die locatoria früher in Rechtskraft übergegangen, auf den Concursproceß beschränkt sei, bereits in den im

Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1854 pag. 143.

und in der

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. 11r. Bd. pag. 383.

abgedruckten Erkenntnissen des OAG. näher begründet worden, ist gegenwärtig nur noch Folgendes zu bemerken:

Das Rescript vom 14. Juni 1728 bezweckte, wie die Ueberschrift und der Eingang deutlich hervorheben, eine Erläuterung der in den §§. 2. und 3. ad tit. 41. der Erl. Proc. Ordn. enthaltenen

Bestimmungen in Betreff des rigor, welcher denen in Concursen auszufertigenden Edictalcitationen beizulegen.

Ertheilt nun die Erl. Proc. Ordn. nur in Betreff Derjenigen, welche das beneficium restitutionis in integrum genießen, eine Modification dieses rigor und wurde dann in dem Rescript vom 14. Juni 1728 diese hierbei zugleich näher confirmirte Modification auch auf Fremde, wegen ihrer an ein Creditwesen zu stellenden Anforderungen, ausgedehnt, so folgt hieraus zweierlei, zunächst daß das Rescript vom 14. Juni 1728, wie schon der Eingang selbst besagt, diese Vergünstigung nur bei den in Concursen auszufertigenden Edictalcitationen eintreten läßt, und daß diese Vergünstigung dem Fremden lediglich in dieser Eigenschaft, nicht aber in der Eigenschaft einer sich der Restitutionswohlthat erfreuenden Personen ertheilt ist, indem insbesondere die ganze, in dem Rescript vom 14. Juni 1728 enthaltene Zusammenstellung der Fremden mit denjenigen, so rem judicatam vor sich, oder ein Unterpfand in Händen haben, oder ein Realrecht genießen, an die Hand giebt, daß sie aus einem anderen Grunde, als die in der Erl. Proc. Ordn. ad tit. 41. §. 2. erwähnten Personen, welchen das beneficium restitutionis zusteht, einer Vergünstigung theilhaftig sein sollen.

Das in Betreff der Edictalcitationen außerhalb des Concurses erlassene Mandat vom 13. November 1779 ist daher schon seiner Tendenz nach nicht geeignet, in einer Richtung maaßgebend zu werden, wobei es sich um die in Concursen ausgefertigten Edictalcitationen handelt.

Die im §. IV. desselben enthaltene Bestimmung aber, welche ohnedem nach dem Eingange derselben nur für ein Verfahren maaßgebend sein soll, welches in Gemäßheit der vorhergehenden Paragraphen stattgefunden hat und nur die außerhalb des Concurses erlassenen Edictalien betrifft, gestattet, von dem hier nicht vorliegenden Fall abgesehen, wo die Außengebliebenen contumaciam abzulehnen vermögen, nur Denjenigen, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, noch unter gewissen Voraussetzungen eine nachträgliche Anmeldung.

Fremde sind aber keine solchen Personen, welchen dieses beneficium zusteht; es ist ihnen dasselbe auch, wie oben gezeigt

worden, durch das Rescript vom 14. Juni 1728 nicht zugetheilt worden.

Solchergestalt kann man also auch nicht davon ausgehen, daß die frühere Gesetzgebung die Fremden unter die mit der Wiedereinsetzungswohlthat versehenen Personen aufgenommen habe, und nun die Bestimmung in §. IV. des Mandats vom 13. November 1779 auch auf sie anzuwenden sei. Es kommt noch hinzu, daß, wenn das Gesetz die Ausländer, als solche, den mit der Wiedereinsetzungswohlthat versehenen Personen gleichgestellt hätte, alsdann es wegen derselben der Erläuterung im Rescripte vom 14. Juni 1728 nicht bedurft haben würde, oder doch jedenfalls die Fassung desselben dann eine ganz andere gewesen sein würde.

66.

Voraussetzungen eines allgemeinen Veräußerungsverbotes.

III. Sen.-Verordn. v. 2. April 1859 ad no. 76. deff. J.

Der vorigen Instanz (AG. Budissin) ist darin, daß das auf des Appellanten Antrag erlassene allgemeine Veräußerungsverbot nicht begründet sei, vollkommen beizupflichten gewesen.

Für die Auffassung der einschlagenden Disposition der Erl. Proz. Ordn. ad tit. 51. in diesem Sinne ist der innere Zusammenhang derselben mit den Bestimmungen der Proz. Ordn. von 1622 tit. 51. von Einfluß. In diesen Bestimmungen ist §. 3. das den Gläubigern eingeräumte Sicherungsmittel, das sog. arrestum juris saxonici ausdrücklich als ein solches bezeichnet, bei welchem zu Verhütung von Mißbräuchen, wodurch oftmals wohlhabende Leute ohne Ursach in Verdacht und Mißglauben versetzt werden, „Bescheidenheit gebraucht" und welches nicht gestattet werden solle, es wäre denn, daß der Gläubiger außer seiner Schuldforderung auch noch den Umstand bescheinige, daß der Schuldner „mit vielen Schulden beladen und in Abfall der Nahrung gerathen sei." Die Erl. Proz. Ordn. hat nun ad tit. 48. das dingliche und prioritätische Recht, welches bis dahin durch den vorerwähnten Arrest erworben wurde, „dem Creditwesen zum Besten und zu Verkürzung der Prozesse" aufgehoben und sodann ad tit. 51. an Statt dieses Arrestes, wie dabei ausdrücklich bemerkt wird, den Gläubigern eines in Abfall

der Nahrung gerathenen Schuldners die Füglichkeit einer Sicherstellung in der Weise geboten, daß ihnen gestattet wird, mittelst Ausbringung einer gerichtlichen Auflage den Schuldner an aller ferneren Alienation und Verpfändung seines Vermögens zu behindern. Die Absicht des Gesetzgebers ist offenbar blos dahin gegangen, das bis dahin zugelassene Sicherungsmittel der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners, dessen Fortbestand mit den ad tit. 41. fg. eingeführten Grundsätzen des Concurs- und Prioritätsrechtes nicht mehr vereinbar erschien, durch ein anderes zu ersetzen, welches, ohne die dem einzelnen Ausbringer günstige Wirksamkeit eines dinglichen Rechtes zu besitzen, doch den Zweck und den rechtlichen Character einer Sicherungsmaaßregel, welchen der nunmehr aufgehobene Arrest gehabt hatte, beibehielt. Daß dadurch die Anforderung an die Zulässigkeit der Maaßnahme habe erleichtert und der Schuldner in eine ungünstigere, dem Mißbrauche oder der Chicane mehr ausgesetzte Lage gebracht werden sollen, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil das neu eingeführte Rechtsmittel nur an die Stelle des aufgehobenen treten soll, mithin eine mehrere Begünstigung der Gläubiger in Erlangung des Ersteren jedenfalls eines unzweideutigen Ausspruchs bedurft hätte, zumal da nach allgemeinen Grundsätzen gesetzliche und vertragsmäßige Bestimmungen, welche eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit bezwecken, im Falle zweifelhafter Auslegung nicht zu begünstigen sind. Ueberdieß weist aber auch die betr. Vorschrift der Erl. Proz. Ordn. selbst ihrem Inhalte nach deutlich darauf hin, daß dabei ein in Abfall der Nahrung gerathener Schuldner gegenüber einer Mehrheit von Sicherstellung suchenden, beziehentlich auf Befriedigung dringenden oder mit Hülfsacten drohenden Gläubigern vorausgesetzt werde. Der Gesetzgeber hat hiernach unverkennbar den Zustand eines anscheinend zahlungsunfähigen, durch das Andrängen von Gläubigern mit dem Concursausbruche bedrohten Schuldners im Auge gehabt und ebendeshalb eine Maasregel zugelassen, welche gerade dadurch, daß sie nicht für den einzelnen andringenden Gläubiger, sondern für die Gesammtheit der Gläubiger wirkt, den Charakter einer Vorbereitung des künftigen Concursverfahrens annimmt.

Eine derartige Vermögenslage des Appellaten ist jedoch zur Zeit nicht actenkundig.

67.

Beweis der Illaten in dem Concurse zu dem Vermögen des Ehemannes. — Gewicht älterer Bekenntnisse desselben.

II. Sen.-Erk. vom 12. April 1859 ad no. 735/811 von 1858.

Die Einwendungen der Intervenienten Bl. treten wesentlich in den Hintergrund, wenn man dem Hypothekenbriefe Bl. eine größere Bedeutung beizulegen im Stande ist, als ihm die vorigen Instanzen nach Bl. zu geben geneigt gewesen sind. Dies aber erschien angemessen, da das Gesuch um Eintrag, unter Concurrenz des Ehemannes, mehrere Jahre vor Ausbruch des Creditwesens und zu einer Zeit, wo ein Andrängen der Gläubiger noch nicht bemerkbar war, gestellt worden ist. Denn wenn schon allerdings nicht der lediglich auf einseitigen Antrag der Ehefrau nach Maaßgabe der Bestimmung §. 38. 1. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 bewirkte Eintrag in Bezug auf die Veritätsfrage Gewicht hat, und ebenso das Bekenntniß des Ehemannes nicht ohne Weiteres vollen Glauben verdient, so läßt sich doch ein solches Bekenntniß nicht a priori als völlig beweisunfähig erachten, wie denn auch die Bl. angezogenen älteren Auctoritäten*) dies nicht verlangen, vielmehr unter ihnen

Hommel Rhaps. obs. CCCCXXV.

sich schlüßlich in einem solchen Falle unbedingt für ein Suppletorium ausspricht, dafern die Gläubiger nicht beweisen könnten, daß das Bekenntniß zu ihrer Täuschung ausgestellt sei. So wenig nun auch das letztere Extrem in der Praxis ungetheilten Beifall gefunden hat, so erscheint es dagegen angemessen, hierunter allenthalben dem richterlichen arbitrium einen freieren Spielraum zu wahren, und es läßt sich jeden Falles als unbedenklich rechtfertigen, wenn man neben dem unter Concurrenz des Ehemannes mehrere Jahre vor Ausbruch des Creditwesens ausgebrachten Hypothekeneintrage in sich harmonirende Beweismomente, mögen solche auch in anderen Prozeßgattungen nur ein geringeres Gewicht haben, beziehentlich nur zu einem

---

*) Carpzov ad Const. 28. P. I. def. 72. 73. 75 — Wernher Obs. P. X. obs. 427. — Hommel Rhaps. obs. 425.

Purgatorium führen, insoweit berücksichtigt, daß die Ehefrau des Cridars zu einem Suppletorium gelassen wird.

68.

Das Abkommen einer Mehrzahl von Gläubigern zu privatem Arrangement eines Schuldenwesens kann nicht verhindern, daß auf Antrag anderer, die gerichtliche Regulirung verlangender, Creditoren mit der Concurseröffnung verfahren werde.

III. Sen.-Verordn. vom 25. Juni 1859 ad no. 173.

Die Beifuge sub 4.*) ist nicht geeignet, einen dem Appellanten K.**) günstigen Schluß zu gestatten. Denn wie deren Inhalt eben nur darauf hinweist, daß es sich um wirkliche Insolvenz K.'s und die Abwickelung seiner pecuniären Verhältnisse in dem Wege eines s. g. Privatconcurses handelt; wie ferner die Unterzeichner des Circulars nur einen Theil der K.'schen Gläubiger bilden; wie endlich die von einem der Unterzeichner gestellte Bedingung, daß das jetzige allgemeine Veräußerungsverbot aufrecht erhalten werde, dem Andrängen anderer ihrer Befriedigung insistirender Gläubiger gegenüber nicht ausführbar ist, indem dieß auf ein nach bekannten gesetzlichen Bestimmungen unzulässiges moratorium hinauskommen würde, so kann diese Form des Arrangements, ganz abgesehen einer Seits von manchen dafür sprechenden, anderer Seits aber von derselben entgegentretenden Momenten,

vergl. Kori, in von Langenn und Kori Erörterungen rc. II. S. 79.

niemals wider den Willen einzelner Gläubiger durchgesetzt werden, vielmehr haben sich alle der in den Gesetzen geregelten Form zu fügen, welche übrigens mehrfache Gelegenheit bietet, nach Befinden durch das s. g. pactum plurium der Verfolgung des Concursprozesses durch alle Phasen desselben zu begegnen.

---

*) Ein von einer Mehrzahl Gläubiger unterzeichnetes Circular, Inhalts dessen sich die Unterzeichner damit einverstanden erklären, daß nach gewissen darin vorgezeichneten Grundsätzen durch einen Sachwalter die Abwickelung des Schuldenwesens außergerichtlich erfolge.

**) Dem Schuldner, zu dessen Vermögen mit Concurseröffnung zu verfahren das Gericht resolvirt hatte.

69.

Zu §. 130. des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843.

III. Sen.-Verordn. vom 25. Juni 1859 ad no. 161.

Es handelt sich jetzt nicht um die Frage, ob ein an sich zulässiger Antrag auf Einzeichnung einer Protestation vorliege, oder ob, wenn dies der Fall, der Eintrag der Protestation durch das Erbieten des Schuldners zu Bestellung einer hypothekarischen Caution für die zu sichernde Forderung vermieden werden könne, als worüber die Grund- und Hypothekenbehörde in ihrer Eigenschaft als solche zu cognosciren competent sein würde, sondern darum, ob die Impetratin rechtlich verbunden sei, eine bereits verlautbarte Protestation (gegen Veräußerung des betreffenden Grundstücks) und die durch diesen Eintrag gewährte Sicherstellung aufzugeben, und sich mit der ihr angebotenen hypothekarischen Caution zufrieden zu stellen. Da die Impetratin einer solchen mindestens nicht unzweifelhaften Verpflichtung ausdrücklich widersprochen und die Löschung der gedachten Protestation verweigert hat, so ist dadurch auch nach der Ansicht des OAG. der Fall eingetreten, in welchem es einer richterlichen Entscheidung bedarf, und die Thätigkeit der Grund- und Hypothekenbehörde als solcher sich nach §. 130. auf eine hier bereits erfolglos versuchte gütliche Vermittelung, bei Entstehung einer gütlichen Vereinigung aber auf Verweisung der Parteien an den competenten Richter und auf die zu Sicherung der streitigen Ansprüche und Abwendung von Nachtheilen etwa beantragten Einzeichnungen zu beschränken hat.

Nachtrag zu Heft 1. S. 15.

(Personalveränderungen rc. betr.)

Bei der am 2. Decbr. 1859 celebrirten Jubelfeier der Universität Leipzig ist von deren theologischer Facultät der wirkliche Geheime Rath, Präsident des Oberappellationsgerichts, Dr. jur. Friedrich Albert von Langenn

„quem suum quondam fuisse academia nostra laetabunda praedicat, vir muneris gravissimi amplitudine spectatissimus, sapientissima Juvenum Regiorum institutione de universa patria mirifice meritus, doctrinae copia et varietate insignis, scriptis egregiis ad rerum civilium et sacrarum memoriam pertinentibus, in iisque libro Mauritium academiae ecclesiaeque nostrae columen celebrante praeclarissimus“

zum Doctor der Theologie honoris causa creirt worden.

Dr. Pöschmann.

IV.

Ueber den Einfluß des formellen Concurses auf das Recht des hypothekarischen Gläubigers,

seine Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke durch Anstellung der dinglichen Klage zu fordern.

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter rc. **Siegmann.**

Der wichtigste Vortheil, welchen der Gläubiger durch die Bestellung eines Pfandes erlangt, besteht darin, daß er aus der verpfändeten Sache und beziehentlich durch deren Veräußerung seine Befriedigung erlangen kann. Das schon gemeinrechtlich dem Pfandgläubiger zustehende jus distrahendi ist jedoch sowohl nach älterem, wie nach neuerem sächsischen Rechte bei der Verpfändung von Grundstücken insoweit beschränkt, als der Hypothekengläubiger das ihm verhaftete Grundstück nicht selbst veräußern und sich aus dessen Erlöse befriedigen darf [1]),

---

1) Vergl. Const. 32. P. I. P.O. Tit. XXXIX. §. 10. ad Tit. XXXIX. §. 8. Hypothekengesetz vom 6. Novbr. 1843. §. 80. Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung N. F. Bd. 7. S. 401 f. Die von Curtius, Civilrecht, §. 1090. Anmerkg. c. für das ältere, und in der angezogenen Zeitschrift Bd. 9. S. 320. auch für das neuere sächsische Recht aufgestellte Ansicht, daß auch ein freiwilliger Verkauf des verpfändeten Grundstückes unter gewissen Voraussetzungen zulässig sei, ist wenigstens mit den Vor-

die Veräußerung vielmehr im Wege der (nothwendigen) Subhastation durch den zuständigen Richter zu geschehen hat, welcher den Verkauf des verpfändeten Grundstücks zwar auf Antrag der Pfandgläubiger, aber sonst kraft seines richterlichen Amts und des ihm durch die Gesetze eingeräumten Veräußerungsrechtes zum Behufe der Befriedigung dieser Gläubiger vorzunehmen, die Erstehungsgelder als Verkäufer selbständig einzuziehen und zu dem angeführten Zwecke zu verwenden und nur den etwa sich ergebenden Ueberschuß der letzteren dem Pfandschuldner (oder Besitzer des versteigerten Grundstücks) zu überlassen, falls aber inmittelst zu des letzteren Vermögen ein Gant eröffnet worden sein sollte, an die Concursmasse abzuliefern hat. 2)

Um zu seiner Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke zu gelangen, steht dem Hypothekengläubiger nach dem Hypothekengesetze vom 6. November 1843. §. 80. die dingliche Klage gegen den Pfandschuldner, wenn sich dieser noch im Civilbesitze des Grundstücks befindet, oder gegen den dritten Besitzer zu, möge nun der letztere sich bei dem Erwerbe des Grundstücks persönlich verpflichtet haben, die auf solchem haftenden Grundschulden aus seinen Mitteln zu bezahlen oder nicht (§§. 87. 89. 90. d. Ges.) — jedoch nicht mehr auf Abtretung des Grundstückes, sondern nur zum Behufe seiner Befriedigung aus dem Pfande durch gerichtliche Versteigerung, oder auch durch gerichtliche 3) Sequestration, falls er es nämlich vor-

---

schriften in §§. 3. 5. 80. und auch überhaupt mit dem Zwecke des Hypothekengesetzes — einer möglichsten Sicherheit des Realcredits nicht füglich in Einklang zu bringen; vergl. auch die Motiven zu §. 80. (79. d. Entw.) Landtags-Acten 1842/43. 1. Abth. Bd. 2. §. 111. und den Deputationsber. d. II. Kammer, Mittheil. d. II. K. Bd. 3. S. 2565.

2) Vergl. Zeitschrift f. R. u. V., N. F. Bd. 7. S. 401. Bd. 12. S. 385 fg. 489 fg.

3) In der Note 1. erwähnten Abhandlung, Zeitschrift ꝛc. N. F. Bd. 9. S. 320. ist gesagt, daß auch nach den Bestimmungen des Hypothekengesetzes §. 80. der Hypothekengläubiger das ihm verpfändete Grundstück selbst

zieht, seine Befriedigung aus den Nutzungen des verhafteten Grundstücks zu suchen. Unbeschadet bleibt ihm dabei nach §§. 79. 81. die Klage gegen den, oder diejenigen Personen, welche seine persönlichen Schuldner für die betreffende Forderung sind. Auch muß nach den in §§. 79. 81. enthaltenen Vorschriften angenommen werden, daß der dritte Besitzer den mit der hypothekarischen Klage auftretenden Hypothekengläubiger nicht mit der exceptio excussionis zunächst an den persönlichen Schuldner verweisen könne. Dies war schon in der 7. Decisio von 1746. und dem, die Einführung mehrerer kreisländischer, die Priorität der Gläubiger im Concurse und das Pfandrecht betreffender gesetzlicher Bestimmungen in der Oberlausitz betr. Gesetz vom 25. Januar 1836 sub II. §. 9. ausdrücklich ausgesprochen, und daß man diese Bestimmung auch in dem Gesetze vom 6. November 1843. festgehalten habe, ergiebt sich nicht nur unmittelbar aus dem Inhalte des §. 79., nach welchem es dem Gläubiger freisteht, sich gegen einen dritten Besitzer sogleich, ohnbeschadet seiner Ansprüche an den persönlichen Schuldner, mit der dinglichen Klage zu wenden, sondern ist auch in den Motiven zu §. 78. des Entwurfs (Landtagsacten 1. l. S. 111.) und bei den ständischen Verhandlungen der 1. Kammer (Landtags-Mittheil. der 1. Kammer S. 596.) anerkannt worden.

Die gerichtliche Versteigerung des verpfändeten Grundstücks endlich wird stets in der Form und mit den rechtlichen Wirkungen einer nothwendigen Subhastation erfolgen müssen.

---

veräußern dürfe, wenn er sich in dessen Besitz befinde. In §. 80. sind aber gerichtliche Versteigerung und gerichtliche Sequestration ohne allen Unterschied vorgeschrieben und bei der Berathung des betreffenden Entwurfs §. 79. wurde dabei noch ausdrücklich von Seiten der Staatsregierung darauf aufmerksam gemacht, daß auch im Falle eines antichretischen Vertrags, insofern derselbe noch als zuläßig zu betrachten sei, nicht Abtretung, sondern eben nur, wie im Gesetze bestimmt, gerichtliche Versteigerung oder Sequestration zuläßig sei.

Denn sie kann nur durch Anstellung der hypothekarischen Klage, also im Wege des executivischen, auf rechtskräftiger Entscheidung, proceßgerichtlichem Vergleiche oder angestelltem Executionproceß beruhenden Verfahrens erfolgen. In dieser Eigenschaft einer nothwendigen Versteigerung ist sie auch bei der Abfassung und Berathung des Gesetzes aufgefaßt worden; vergl. die Motiven zu §. 79. Landtagsacten 1842/43. S. 111. Mittheilungen der I. Kammer, Bd. 1. S. 598. und der II. Kammer Bd. 3. S. 2565.

In der gesetzlichen Verfolgung seines Anspruches auf Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke darf und kann der Hypothekengläubiger außerhalb des Concurses und gegen den eingetragenen Besitzer durch dritte Personen, welche Rechte an dem verpfändeten Grundstücke erworben haben oder Ansprüche auf dasselbe behaupten, ohne Dazwischenkunft besonderer Verpflichtungsgründe nicht aufgehalten und behindert, es kann also demselben auch nicht etwa angesonnen werden, mit seiner Befriedigung anzustehen, bis ein über Ansprüche dieser Art zwischen dem Besitzer des verhafteten Grundstückes und dritten Personen obschwebender Proceß seine Endschaft erreicht hat. Selbst eine, in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene, die Sicherstellung eines zum Eintrage geeigneten Rechtes auf das betreffende Grundstück oder die Sicherung eines künftigen Hilfsobjects oder irgend eines anderen, zum Eintrage nicht geeigneten Anspruchs bezweckende Protestation (§§. 24. in Verb. mit 147. und 148. d. a. Ges.) hat in der Regel nur die Wirkung, daß der Besitzer des Grundstückes in einer mittelbar oder unmittelbar auf seinem Privatwillen beruhenden, zum Nachtheil des protestirenden Dritten gereichenden Disposition verhindert wird. Keineswegs aber würde einer solchen Protestation auch die Wirkung beizulegen sein, daß der Hypothekengläubiger dadurch in der ordnungsmäßigen Verfolgung eines Rechts verhindert werden könnte, das er nach §. 5. und

80. des Gesetzes schon durch den Eintrag seiner Forderung in dem Grund- und Hypothekenbuche erworben hat.

Ebensowenig kann die Befriedigung der Hypothekengläubiger beanstandet werden, wenn nach erfolgter nothwendiger Subhastation (also nach dem Zeitpunkte, wo durch Feststellung und Annahme eines Höchstgebots im Licitationstermine der Veräußerungsvertrag zwischen dem subhastirenden Richter als Verkäufer und dem Ersteher zur Perfection gelangt ist) der formelle Concurs zu dem Vermögen des Besitzers eröffnet worden ist. In früherer Zeit ging man in Fällen dieser Art allgemein von der Ansicht aus, daß wenn die Eröffnung des formellen Concurses noch vor der Auszahlung, beziehentlich Vertheilung der Erstehungsgelder an die Hypothekengläubiger eingetreten sei, diese Erstehungsgelder als ein Theil der Concursmasse zu betrachten, an das Concursgericht abzuliefern und die Hypothekengläubiger verbunden seien, behufs ihrer Befriedigung aus dem Erlöse des verpfändeten Grundstücks beim Concurse zu liquidiren. In neuerer Zeit ist man von dieser Ansicht mit Recht abgegangen[4]) und namentlich hat das Oberappellationsgericht schon seit geraumer Zeit constant an der ebenso theoretisch gerechtfertigten als practisch heilsamen Rechtsansicht festgehalten, daß bei nothwendigen Subhastationen, welche vor der Eröffnung des formellen Concurses zu dem Vermögen des Besitzers in legaler Weise erfolgt sind, die bereits eingezahlten und noch außenstehenden Licitationsgelder nicht zur Masse des später ausgebrochenen Concurses gehören, sondern von dem subhastirenden Richter als Verkäufer des Pfandgrundstücks einzuheben, nach Maaßgabe der Bestimmungen in §§. 109—112. des Hypothekengesetzes und §. 29. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844. unter die Hypothekengläubiger zu vertheilen und nur der etwa sich

4) Vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwaltg. N. F. Bd. 12. S. 385 f. 489 f.

ergebende Ueberschuß als zur Masse gehörig zu betrachten und dahin abzuliefern sei.[5])

Anders gestalten sich die Verhältnisse des Hypothekengläubigers, wenn, bevor es zu einer legalen Veräußerung des verpfändeten Grundstückes gekommen, der formelle Concurs zum Vermögen des eingetragenen Besitzers ausbricht. Das Hypothekengesetz enthält hierüber keine besondere Bestimmungen, sondern nur eine Verweisung auf bereits bestehende Gesetze (§. 112.). Es muß also die Frage, wie der Hypothekengläubiger in diesem Falle zu seiner Befriedigung aus dem Pfande gelange, nach den in Bezug auf den Concurs der Gläubiger und den Concursproceß geltenden Rechtsgrundsätzen behandelt werden.

Durch die Eröffnung des formellen Concurses gehen die übertragbaren Vermögensrechte des Gemeinschuldners, mithin auch das Eigenthum an den in dessen Civilbesitze befindlichen, noch nicht zur Subhastation gelangten Grundstücken auf die Gesammtheit seiner Gläubiger zu dem Zwecke ihrer nach den gesetzlichen Vorschriften zu bewirkenden höchstmöglichen Befriedigung über. Man kann diese Succession, deren rechtliche Eigenschaft hier nicht näher zu untersuchen ist, als einen Eintritt der Gesammtgläubigerschaft in das Eigenthum des Schuldners auffassen, ohne dadurch zu einer logischen oder juristischen Nothwendigkeit der Folgerung zu gelangen, daß der Hypothekengläubiger sich behufs seiner Befriedigung aus dem verhafteten Grundstücke bei dem Concurse des Pfandschuldners oder resp. dritten Besitzers melden müsse. Es würde auch mit dem Zwecke des Concursprocesses nicht im Wider-

5) Vergl. Annalen, Bd. 1. Heft 2. S. 154. Es beruht diese Rechtsansicht, welche auch in solchen Fällen eintritt und von dem OAG. befolgt wird, wo das Pfandrecht selbst erst durch Hilfsvollstreckung (nach §. 40. d. G.) bestellt worden, auf der, schon im Eingange angedeuteten Vorstellung, daß der Richter im eigenen Namen, weder als Mandatar des Schuldners, noch als Mandatar des Gläubigers, verkauft.

sprüche stehen und zu einer wesentlichen Beförderung des Realcredits ohne wesentliche Benachtheiligung der übrigen Gläubiger führen, wenn die Hypothekengläubiger, insofern sie ihre Befriedigung nur aus dem verpfändeten Grundstücke suchen wollen, aus der Reihe der Concursgläubiger, auf deren Gesammtheit das gemeinschuldnerische Vermögen übergeht, ausgeschieden und demgemäß auch die mit Hypotheken belasteten Grundstücke von der Masse getrennt würden. Allein dieß sind Fragen, welche für Sachsen zur Zeit noch der legislativen Thätigkeit unterliegen und deren nähere Beleuchtung hier nicht beabsichtigt werden kann. Nach den gegenwärtig in Kraft bestehenden Gesetzen [6]) ist es in Sachsen anerkannten und unbestrittenen Rechtens, daß, mit Ausnahme der Vindicanten und der Separatisten, alle diejenigen Gläubiger, welche aus einem vermögensrechtlichen Grunde der Liquidation fähige Ansprüche an den Gemeinschuldner besitzen und Zahlung aus der Masse verlangen, sich ihrer Befriedigung halber beim Concurse zu melden haben, und daß es hierbei keinen Unterschied macht, ob ein solcher Anspruch durch ein Pfand oder eine Hypothek gedeckt ist oder nicht. Es sind also auch die Hypothekengläubiger der bei der Eröffnung des formellen Concurses im bürgerlichen Eigenthume des Gemeinschuldners befindlichen noch unveräußerten Grundstücke zur Liquidation verbunden, wenn sie auch nur aus dem Ertrage der ihnen verpfändeten Grundstücke befriedigt sein wollen oder nur auf diesem Wege eine Aussicht auf ihre Befriedigung vorhanden ist. Die nach Eröffnung des Concursprocesses zu erlassende Edictalladung und deren Präjudicien betreffen auch diese Hypothekengläubiger, und wenn dieselben die rechtzeitige Anmeldung ihrer Forderungen im

6) Erl. Proceß-Ordn. ad Tit. XLI. — L. Geschärftes Banqueroutiermandat vom 20. December 1766. Rescript vom 14. Juni 1728. Oberlausitzer Banqueroutiermandat vom 2. August 1783, publicirt mittelst O.-A.-Patents vom 27. September 1783. Einführungsgesetz vom 25. Januar 1836.

Liquidationstermine oder beziehentlich innerhalb der ihnen durch das Rescript vom 14. Juni 1728 vergönnten Frist unterlassen haben, so hat diese Verabsäumung die unbestrittene Folge, daß sie auch ihren Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse des ihnen verpfändeten Grundstücks verlieren und dasjenige, was unter anderen Umständen auf ihre Forderung ausgefallen sein würde, nunmehr den nachfolgenden Hypotheken=, eventuell den chirographarischen Gläubigern zu Gute kommt.

Die Hypothekengläubiger, ebensowie die Faustpfandgläubiger, denen überdieß die Verbindlichkeit obliegt, die in ihren Händen befindlichen Pfandstücke zur Masse abzuliefern, gehören also, falls sie sich melden, und aus der vorhandenen Masse, wozu auch die ihnen verhafteten Grundstücke gehören, befriedigt sein wollen, zu der Gesammtheit der Gläubigerschaft, auf welche diese Vermögensmasse behufs ihrer, in der gesetzlichen Reihefolge und in den für den Concursproceß gesetzlich vorgezeichneten Formen zu bewerkstelligenden möglichst gleichzeitigen und vollständigen Befriedigung übergeht. Die in der Erl. Proc.=Ordn. ad Tit. XLI. §. 1. vorgeschriebene Auction und Subhastation der beweglichen und unbeweglichen Güter ist nicht mehr eine, auf Antrag einzelner Pfandgläubiger kraft des richterlichen Amtes zu bewirkende distractio pignoris, sondern eine dem Concursrichter als solchem im allseitigen Interesse der Gläubiger und für die Zwecke des Concursprocesses obliegende, die Veräußerung der Pfänder auf Antrag und für Rechnung einzelner Creditoren ausschließende Justizverwaltungsmaaßregel.

Es ist also nach den gegenwärtig in Sachsen bestehenden Gesetzen als eine unmittelbare Folge der Eröffnung des formellen Concurses anzusehen, daß die Forderungen der Gläubiger, welche aus der vorhandenen Masse ihre Befriedigung verlangen, und die Frage, wie und in welcher Reihenfolge jene Forderungen aus dieser Masse zu befriedigen seien, vor einer und

derselben Behörde gleichzeitig, im Wege der Anmeldung in einem für alle Gläubiger vorgezeichneten Termine zur Erörterung und Entscheidung gebracht werden. Hierin besteht die sogenannte vis adtractiva des Concurses, welcher eben deshalb auch als ein judicium universale bezeichnet zu werden pflegt; und hierin liegt zugleich der Grund, weshalb auch den einzelnen Hypothekengläubigern die Anstellung der hypothekarischen Klage — bei welcher es auch nach der jetzigen Gesetzgebung an einer geeigneten Vertretung der Gläubigerschaft gebrechen würde — gegen die Gläubigerschaft nach Eröffnung des Concurses nicht mehr gestattet werden kann.

Die rechtzeitige Anmeldung im Concurse ist auch für den Hypothekengläubiger die Bedingung, unter welcher er überhaupt aus dem zur Masse gehörigen, nach Eröffnung des formellen Concurses zum gemeinschaftlichen Besten aller Creditoren zu versteigernden Grundstücke, seine Befriedigung erlangen kann, und die Frage, wie diese Befriedigung und inwieweit dieselbe zu realisiren sei, ist, nach den für den Concursproceß bestehenden Vorschriften, durch die Locations- und Distributionserkenntnisse zu erörtern und zu entscheiden.

Diese Verbindlichkeit der Hypothekengläubiger, ihre Forderungen im Concurse des Hypothekenschuldners zu liquidiren, ist auch in der Praxis bisher nicht bezweifelt, im Gegentheil, wie schon bemerkt, besonders in früheren Zeiten über ihre gesetzlichen Grenzen hinaus, auch in solchen Fällen angenommen worden, wo das verpfändete Grundstück bereits vor der Eröffnung des formellen Concurses auf Antrag einzelner Hypothekengläubiger nothwendigerweise versteigert worden war.

Es führt aber auch die Erwägung, daß die Hypothekengläubiger, welche sich nach Eröffnung des Concurses behufs ihrer Befriedigung aus der Masse melden müssen, und angemeldet haben, zu der Gesammtheit der Gläubigerschaft, auf welche diese Masse behufs ihrer Befriedigung übergeht, gehören, noch zu einem weiteren, nämlich zu dem Resultate, daß die

Versteigerung der zur Masse gehörigen Grundstücke allen, also auch den Hypothekengläubigern gegenüber unter Umständen durch den Widerspruch, beziehentlich die Protestation eines Dritten gehindert werden kann, welche außerhalb des Concurses den Fortgang der gegen den eingetragenen Besitzer selbst erhobenen dinglichen Klage nicht hindern würde.

Ueber beide Fragen — Statthaftigkeit der hypothekarischen Klage gegen den Concurs und Statthaftigkeit eines von dritter Seite her eingewendeten Widerspruches gegen die Subhastation verpfändeter, zur Concursmasse gehöriger Grundstücke — hatte der III. Senat des Oberappellationsgerichts vor einiger Zeit Gelegenheit, sich in folgendem Falle auszusprechen:

Zu dem Vermögen des Grundstücksbesitzers F. war der formelle Concurs eröffnet worden. Der Gemeinschuldner hatte noch vor Ausbruch des letzteren die ihm zugehörigen, bei der Concurseröffnung noch in seinem Civilbesitze befindlichen zwei Grundstücke an den B. verkauft, und der Käufer verlangte das Anerkenntniß der betreffenden Kaufverträge und die Ueberlassung des Civileigenthums an den verkauften Grundstücken von dem Concurse seines Verkäufers, weil ihm diese Grundstücke bereits vor der Concurseröffnung von dem letzteren übergeben worden seien.[7] Zur Sicherstellung des Rechtstitels auf seine Eintragung als Besitzer der gedachten Grundstücke hatte er eine Protestation gegen Veräußerung der an ihn verkauften und ihm angeblich tradirten Grundstücke, welche zum Eintrag gelangt war, erhoben, auch gegen die nichtsdestoweniger vom Concursgerichte beschlossene Subhastation appellirt. Ferner fand sich auch die verehelichte S., für welche auf dem

7) Mit Bezug auf den in der sächsischen Praxis auch jetzt noch bestehenden Grundsatz, daß, wenn der Käufer das erkaufte Grundstück noch vor der Concurseröffnung gegen Gewährung oder Creditirung des Kaufpreises übergeben erhalten hat, der Concurs des Verkäufers den Kauf anerkennen und den Eintrag (früher die Beleihung) des Käufers geschehen lassen muß.

einen dieser Grundstücke eine Hypothekenforderung haftete, veranlaßt, die hypothekarische Klage im Wege des Executionsprocesses gegen den Gütervertreter anzustellen, augenscheinlich in der Meinung, daß die Protestation des Käufers der auf diese Weise in den Gang zu bringenden nothwendigen Versteigerung nicht entgegenstehen könne.

Der IIIte Senat des Oberappellationsgerichtes fand nun

I. besage zweier Verordnungen vom 5. und 19. December 1857 (Reg. III. no. 322. und 382.) den Widerspruch des Käufers B. gegen die nothwendige Versteigerung beider Grundstücke im Interesse des Concurses für begründet und ordnete demgemäß an, daß mit dieser Versteigerung noch so lange Anstand genommen werden solle, bis darüber im Rechtswege entschieden sein werde, ob die zwischen dem Gemeinschuldner und dem (damaligen) Appellanten B. noch vor Ausbruch des Concurses über diese Immobilien abgeschlossenen Kaufcontracte zu Rechte beständen und der Concursvertreter verbunden sei, den Eintrag des Käufers als Besitzer dieser Grundstücke in das Grund- und Hypothekenbuch geschehen zu lassen.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten, soweit sie hierher gehören, im Wesentlichen folgendermaaßen:

„Obschon das Königl. Oberappellationsgericht im Allgemeinen die Ansicht theilt, daß ein hypothekarischer Gläubiger in der Verfolgung seines Rechtes nicht durch die persönlichen Ansprüche eines Dritten auf das verpfändete Grundstück gehindert werden kann, so hat man doch dem daraus gezogenen Schlusse nicht beizutreten vermocht, daß in dessen Folge der von dem Käufer B. erhobene Widerspruch gegen die im Laufe des Concursprocesses vom Gericht beabsichtigte Subhastation eines[8]) Grundstückes, welches

8) Diese der Verordnung vom 5. December 1857 beigefügten Rationen bezogen sich auf das eine der beiden Grundstücke, wurden aber auch in einer zweiten Verordnung vom 19. dess. Mon. hinsichtlich des anderen beibehalten.

B. vor Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Verkäufers F. vom Gemeinschuldner erkauft und übergeben erhalten haben will, für der Beachtung unwerth anzusehen sei. Der einzelne Gläubiger, welcher die Subhastation des ihm verpfändeten Grundstückes (außerhalb des Concurses) verlangt, steht nämlich dem Eigenthümer desselben gegenüber, und ihn kümmert der persönliche Anspruch des Dritten nicht, den dieser an den Grundstücksbesitzer zu machen hat.

Anders ist dieß aber im Concurse. Hier verschwindet der einzelne Gläubiger, die Gesammtheit der Gläubiger tritt an die Stelle des gemeinschaftlichen Schuldners und es gehen auf diese Gesammtheit der Gläubigerschaft alle persönlichen Rechte und die denselben gegenüberstehenden Verbindlichkeiten über. Nun aber können auf die Gläubigerschaft in keinem Falle mehr Rechte gegen dritte Personen übergehen, als der Gemeinschuldner selbst besaß. Gleich wie nun der letztere nicht für berechtigt angesehen werden könnte, ein Grundstück, das er bereits verkauft und dem Käufer übergeben, auch bezahlt erhalten hat, anderweit zu veräußern, ebenso kann auch der Concurs nicht berechtigt sein, eine solche Veräußerung zu bewirken. Ihm wird, mit gleichem Rechte, wie dem Gemeinschuldner selbst, die exceptio rei venditae et traditae von dem Naturalbesitzer des Grundstückes entgegengesetzt werden können.

Gleichwie ferner eine nach §. 147. des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 zur Sicherung eines in Bezug auf ein Grundstück erworbenen Rechtes eingewendete Protestation dem Gemeinschuldner gegenüber zu beachten gewesen wäre, sobald nur die Bescheinigung des zu sichernden Rechtes möglich war, ebenso ist auch, unter gleicher Voraussetzung, dem Concurse gegenüber eine solche Protestation zu beachten.[9])"

---

9) Dieser letztere Satz leidet, wie der Zusammenhang lehrt, nur auf die Fälle Anwendung, wo der Concurs das sicher zu stellende Recht auch seinerseits anzuerkennen hat, also nicht z. B. auf den Fall, wenn der Ge-

Dagegen wurde

II. die von der verehelichten S. als Hypothekengläubigerin gegen den Gütervertreter im F.'schen Concurse erhobene hypothekarische Klage mittelst einer auf Appellation des als Intervenient aufgetretenen Käufers B. ergangenen Verordnung vom 16. Oktober 1858 (Reg. III. no. 267) aus folgenden Gründen für unzulässig erachtet:

„Diese (die Befriedigung aus den der Klägerin verpfändeten Mitteln, d. h. aus dem ihr verpfändeten Grundstücke bezweckende) Klage steht aber mit den Grundsätzen, welche über Befriedigung einzelner Gläubiger im Concurse gelten, im directen Widerspruche, und stellt sich auch sonst als unstatthaft dar, mag man sie nun als gegen den genannten Concursvertreter in seiner Eigenschaft als curator bonorum, oder in der eines curator litis gerichtet, ansehen.

Zum Geschäftskreise eines curator bonorum gehört eine solche Vertretung der Gläubigerschaft nicht. Denn dessen Thätigkeit beschränkt sich darauf, alles dasjenige zu sammeln und in Geld zu verwandeln, was zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, von den vorhandenen Massegegenständen, insoweit thunlich Nutzen zu ziehen und dadurch die Masse zu vermehren, zu diesem Ende auch Processe, die vor der Concurseröffnung bereits anhängig und in denen der Gemeinschuldner als Kläger aufgetreten war, Namens der Gläubigerschaft fortzustellen, oder auch den Massegläubigern und Vindicanten gegenüber die Concursmasse zu vertreten, aber nicht einzelnen Gläubigern des Gemeinschuldners gegenüber die von diesen Behufs ihrer Befriedigung aus der Concursmasse erhobenen Klagen zu beantworten. Eine solche Vertretung der

---

meinschuldner vor der Concurseröffnung eine Hypothek eingeräumt und der Gläubiger zur Sicherung seines Rechtstitels auf Erlangung dieser Hypothek als dingliches Recht Protestation eingewendet, oder nach Umständen eine Vormerkung seiner Forderung nach §. 51. des Hypothekengesetzes erlangt hat.

Gläubigerschaft gehört aber auch nicht zum Geschäftskreise des Curator litis. Denn obgleich auch dieser die Gesammtheit der Gläubigerschaft vertritt gegen Ansprüche, die an den Concurs gemacht werden, so hat er es doch nur mit denjenigen Gläubigern zu thun, welche als Liquidanten aufgetreten sind, und hat mit ihnen das geordnete Liquidationsverfahren abzusetzen, keinesweges aber sich auf separate Klagen einzulassen.[10]) Alle Gläubiger aber, die ihre Ansprüche gehörig angemeldet, haben lediglich aus der vom Curator bonorum herbeigeschafften Masse und soweit möglich, ihre Befriedigung nach der gesetzlichen Reihefolge zu erwarten. Es sind davon aber auch die hypothekarischen Gläubiger nicht ausgenommen und es ist, falls nicht etwa die nothwendige Subhastation des verpfändeten Grundstückes schon vor der Eröffnung des Concursprocesses legal erfolgt ist, auch den Hypothekariern nicht verstattet, daß sie ihre Forderungen im Laufe des Concursprocesses in besonderen Processen geltend machen und die Veräußerung von ihnen verpfändeten Immobilien in ihrem Einzeln-Interesse fordern und bis zur Execution gegen den Concurs fortführen. Dem einzelnen Gläubiger steht gegen den curator bonorum, welcher ein zur Concursmasse gehöriges Grundstück nicht versilbern will, nur eine Beschwerde zu. Diese kann aber natürlich keinen Erfolg haben, sobald der gedachte Curator durch eine rechtskräftige Entscheidung[11]) gehindert ist, dem Antrage des betreffenden Gläubigers zu entsprechen.

---

10) Da sich bekanntlich der Streitvertreter in Prioritätsfragen nicht einzumischen hat, so könnte derselbe umsoweniger als Beklagter in einer hypothekarischen Klage gegen die Gesammtgläubigerschaft auftreten.

11) Dies bezieht sich speciell auf den damaligen Fall und die schon erwähnte Entscheidung des Oberappellationsegrichts über die Protestation und den Widerspruch des Käufers B. gegen die Veräußerung beziehentlich Subhastation des fraglichen Grundstückes. Der hierin liegende allgemeine Satz ist: die Beschwerde des Einzelnen über den Curator bonorum — oder auch den Concursrichter — ist unbegründet, wenn derselbe aus Rechtsgründen nicht zur Subhastation schreiten darf. Die Subhastation der zur

Auch die vorige Instanz (AG. Dresden) scheint diesen Grundsatz vollständig zu theilen, sie hat jedoch nach der Verordnung Bl. — durch einen mehr dem formellen Rechte angehörenden Grund sich bewogen gefunden, die Entschließung der ersten Instanz, daß auf die Anträge der Klägerin nicht zu fügen, abzuändern ꝛc."

Die nunmehr folgende Stelle der Entscheidungsgründe betrifft eine, außer dem Bereiche dieses Aufsatzes liegende, Proceßfrage.

Am Schlusse derselben ist noch folgendes gesagt:

„Endlich will man auf die Bl. zu lesenden Eingaben der Klägerin nur noch bemerken, daß die Auffassung der Klägerin allerdings ihrem Parteistandpunkte, als einer in einen Concurs verwickelten hypothekarischen Gläubigerin entspricht, sich aber keineswegs von dem höheren Standpunkte, der nach allen Seiten hin gleichmäßig wirkenden Gerechtigkeit aus rechtfertigen läßt. Wohl kann dadurch, daß B.'s (des Käufers) Anspruch auf Erlangung des Civileigenthums an dem hier fraglichen Grundstücke für nicht ganz unbeachtlich erkannt worden ist, ein Aufenthalt in Abwickelung des F.'schen Concurses entstehen, auch Klägerin auf Zeit in der freien Disposition über ihre hypothekarische Forderung behindert oder mindestens diese erschwert werden. Allein es ist auf der anderen Seite nicht zu übersehen, daß der Intervenient B., der das fragliche Grundstück von dem Gemeinschuldner vor Ausbruch des Concurses erkauft, der laut der beigebrachten Urkunde den Kaufpreis bezahlt und das Grundstück übergeben erhalten hatte, der also hiernach ein ihm zustehendes Recht auf Erlangung des Eigenthums an jenem Grundstücke[12]) bescheinigt, in Folge

Masse gehörigen Grundstücke ist eine Maaßregel der Justizverwaltung, also deren Verweigerung selbstverständlich nur Gegenstand einer Beschwerde, oder, wenn dadurch Nachtheile erwachsen sind, einer Regreßklage.

12) Wenigstens für den Zweck einer Sicherheitsmaaßrel. Denn die Klage des B. gegen den Curator wurde von dem OAG. wegen des Mangels

dessen auch den Eintrag einer Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung desselben auf dem betreffenden Folium im Grund- und Hypothekenbuche erlangt hatte, gleichfalls berechtigt war, zu verlangen, daß auch sein Recht gewahrt, und das Grundstück nicht eher zum Besten der Concursmasse veräußert und er mit seinen Entschädigungsansprüchen zur Anmeldung beim Concurse verwiesen werde, als bis darüber rechtskräftig entschieden worden, ob der Concurs verbunden sei, den vom Gemeinschuldner bewirkten Verkauf des Grundstückes für rechtsbeständig anzusehen oder nicht."

Faßt man das bisher Ausgeführte zusammen, so gelangt man zu folgenden Sätzen:

1) Wenn — außerhalb eines Concurses — ein Hypothekengläubiger die dingliche Klage zum Behufe seiner Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke gegen den eingetragenen Besitzer desselben angestellt hat, so kann der Fortgang des Processes gegen den letzteren und die gerichtliche Versteigerung oder Sequestration des verpfändeten Grundstücks durch Widersprüche anderer Realgläubiger, oder dritter Personen, welche einen persönlichen Anspruch auf das Grundstück oder auf Bestellung einer Hypothek oder eines andern dinglichen Rechtes an diesem Grundstücke haben, nicht aufgehalten, es können auch Protestationen, welche zu Sicherung eines Rechtstitels auf Eintragung oder eines zur Eintragung nicht geeigneten Anspruches dienen sollen, ebenso wenig als bloße Vormerkungen hypothekarischer Forderungen gegen den klagenden Hypothekengläubiger berücksichtigt werden.

2) Ist auf Antrag eines oder mehrerer Hypotheken- oder Hilfsgläubiger das denselben verhaftete Grundstück bereits legal subhastirt worden, so wird durch Eröffnung des formellen Con-

---

schlüssiger Begründung in Bezug auf die Uebergabe und Zahlung in der angebrachten Maaße abgewiesen. (Erkenntniß d. II. Senats.)

curses zum Vermögen des Besitzers in Bezug auf die Verwendung der Erstehungsgelder zur Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger nichts geändert; es haben sich weder die Antragsteller, noch die übrigen Hypothekengläubiger bei diesem Concurse zu melden; die bereits eingezahlten oder noch außenstehenden Licitationsgelder sind von dem subhastirenden Richter den Bestimmungen in §§. 109—111. des Hypothekengesetzes entsprechend unter die Hypothekengläubiger zu vertheilen und nur der etwaige Ueberschuß ist der Concursmasse zu überlassen.

3) Nach Eröffnung des formellen Concurses steht dem Hypothekengläubiger, welcher aus den zur Masse gehörigen Grundstücken seine Befriedigung suchen will, nur noch der Weg der Liquidation offen.

4) Hat der Käufer eines solchen Grundstückes nach dem obenerwähnten in der Praxis angenommenen Grundsatze ein Recht, das Anerkenntniß des Kaufes und die Genehmigung seines Eintrages als Civilbesitzer vom Concurse zu verlangen, und vermag er dasselbe in genügender Maaße zu bescheinigen, so ist sein Widerspruch, beziehentlich seine Protestation gegen die Subhastation dieses Grundstückes für die Zwecke des Concurses, zu beachten.

In Bezug auf den Satz unter 3. möge nur noch Folgendes bemerkt werden. Wenn man, wie in der sächsischen Praxis angenommen wird, dem Käufer, welcher das vom Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung erkaufte Grundstück auch schon vor diesem Zeitpunkte gegen Bezahlung oder Creditirung der Kaufgelder übergeben erhalten hat, das Recht einräumt, das Anerkenntniß dieses Kaufes und die Ueberlassung des Civileigenthums von der Gesammtheit der Concursgläubigerschaft zu verlangen, so muß ihm consequenter Weise auch das Mittel, sich in Bezug auf die Realisirung dieses Rechtes gegen die Gläubigerschaft sicherzustellen, unter derselben Voraussetzung — Bescheinigung seines Rechtstitels auf Eintragung — gegeben werden, unter welcher eine solche Sicherungs-

maaßregel vor der Concurseröffnung gegen den Gemeinschuldner selbst mit Erfolg von ihm hätte angewendet werden können. Denn die Gesammtheit der Gläubiger, wozu auch die Hypothekarier gehören, hat in diesem Falle den Vertrag des Cridars dergestalt anzuerkennen, daß sie ihrerseits den Ansprüchen des Käufers nicht zuwider handeln darf.

Es steht dies auch keineswegs im Widerspruche mit dem oben aufgestellten Satze, nach welchem die dingliche Klage des Hypothekengläubigers gegen den Besitzer des verpfändeten Grundstückes selbst und die in Folge derselben vorzunehmende Versteigerung durch die Protestation eines Dritten, welcher das Grundstück vom Besitzer gekauft hat, nicht gehindert werden konnte, selbst wenn der Käufer das Grundstück bereits übergeben erhalten hätte. Denn in diesem Falle besteht zwischen dem Käufer und dem Hypothekengläubiger an sich und ohne Dazwischenkunft besonderer Umstände, kein obligatorisches Verhältniß, und die Protestation ist nicht gegen Handlungen des Hypothekengläubigers, sondern gegen vertragswidrige Verfügungen des Besitzers gerichtet. Auch müßte sich ja der Käufer, wenn er eingetragen würde, Fortstellung der hypothekarischen Klage und die Versteigerung oder Sequestration des verpfändeten Grundstückes gefallen lassen. Nach Ausbruch des Concurses aber ist die Gesammtheit der Gläubiger, unter den obangegebenen Voraussetzungen, verbunden, den Rechtstitel des Käufers anzuerkennen. Hier ist die Protestation des Käufers gegen eine diesem Rechtstitel zuwiderlaufende Handlung der Gläubigerschaft gerichtet und er steht bei seiner Protestation zu der Gläubigerschaft — also auch den dazu gehörigen Hypothekengläubigern — in demselben Verhältnisse, wie außerhalb des Concurses der Käufer mit seiner Protestation zu dem Besitzer des verpfändeten Grundstücks.

V.

Einige Bemerkungen über das s. g. natürliche Eigenthum,

dem Gesetze vom 6. November 1843 gegenüber.

Von Dr. v. Langenn.

Die sächsische Praxis hat bisher den im Aufsatz p. 385. dieser Annalen wiedergegebenen Grundsatz befolgt, und auch im Gesetze vom 6. November 1843 ward eine Aenderung dieses Grundsatzes nicht gefunden. Das, was in Folgendem bemerkt wird, soll durchaus den Zweck einer Polemik nicht haben, es würde nicht zu rathen sein, von jenem Grundsatze abzugehen und selbst die Regierung hat dasjenige, was, wie wir weiter sehen werden, im Hypotheken-Gesetze sich mit der bisherigen Praxis nur schwierig vereinigen läßt, nicht nur nicht in gesetzlichem Wege abgeändert, sondern in gewisser Weise durch die Ausführungs-Verordnung vom 15. Februar 1844. §. 1. indirect aufrecht zu halten gesucht.

Nichts desto minder mag es sich rechtfertigen, wenn auf jene Schwierigkeiten mit wenigen Worten hingewiesen wird, weil eine neue Gesetzgebung, namentlich auch eine solche, welche das Concursrecht regelt, hierin vielleicht prüfend, vervollständigend oder ändernd aufzutreten haben dürfte.

Es war längst vor dem Gesetz die Grund- und Hypothekenbücher betreffend vom 6. Novbr. 1843 ein wenn auch nicht unbestrittener, doch zuletzt ziemlich einmüthig befolgter Grundsatz, daß der Käufer einer unbeweglichen Sache, wenn diese ihm vor Ausbruch des Concurses übergeben und von ihm der Preis bezahlt oder ihm creditirt worden war, auf Lehnsauf-

lassung zum Behuf der sogenannten Beleihung mit der Sache gegen den Concurs klagen könne. Wollte er dieß nicht, so mochte er die Zeit der Verjährung abwarten, wo er dann nach Maaßgabe der 1. Decision von 1746 die gerichtliche Beleihung erhalten konnte auch ohne Lehnsauflassung. Klagte der Gütervertreter auf Wiedereinräumung des Gegenstandes, so trat ihm der Käufer mit der exceptio rei venditae et traditae entgegen.

Kind, Quaest. IV. p. 112.

Auch die heutige Praxis schützt den Käufer gegen die Klage des Gütervertreters.

Der Grund solcher Entscheidung lag hauptsächlich in der Annahme eines sogenannten natürlichen Eigenthums. Es gehört dieser Theil des Rechts zu denen, wo das römische Recht den deutschen Verhältnissen Analogieen geliehen hat, aus denen sich Grundsätze bildeten, welche fast überall Eingang fanden.

Das römische Civilrecht kannte ein strenges quiritisches Eigenthum, welches bei manchen Sachen durch bloße einfache Uebergabe erlangt ward, bei andern aber nicht. Es mußte hier eine civilrechtliche Erwerbsform angewendet werden oder die Usucapio hinzukommen, welche jene Form ersetzte oder supplirte. (Gaj. inst. Lib. II. §. 41.) Der Eigenthümer nach quiritischem Rechte blieb Eigenthümer, ob er gleich die Sache dem andern übergeben hatte. Doch half dieser Härte der Prätor durch die exceptio des dolus (exceptio rei venditae et traditae) ab. (M. vergl. Müller, Instit. p. 162.) Nach und nach bildete sich hieraus ein zweites Eigenthum, das in bonis habere, in bonis esse, und zum Schutze dieses bonitarischen Eigenthums diente die publicische Klage.

Mochte sich nun auch im Laufe der Zeit mit Wegfall dieses Gegensatzes der zwei Eigenthumsarten Manches in der Bestimmung der Klage ändern, so blieb doch die actio Publiciana und es spiegelt sich in ihr auch nach dem neuesten Recht das Wesen ihres Ursprungs ab, sie stehet nach neuerem Rechte

bekanntlich demjenigen zu, welcher in gutem Glauben und unter rechtmäßigem Titel von einem Nichteigenthümer eine der Verjährung unterliegende Sache übergeben erhalten hat. Er kann auch vor dem Ablauf der Verjährung sich durch diese Klage von jedem minder Berechtigten die Sache wieder verschaffen.

Die Analogie dieses Verhältnisses machte sich nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte auch bei den Grundstücken geltend. Auch die deutschen Rechte, namentlich das alte sächsische Recht, kannte eine solenne Form zur Uebertragung des Eigenthums bei Grundstücken, die Beleihung (Allodial-Investitur) — m. s. Haubold, sächs. Recht §. 187. und Dec. 61. v. 1661. —, und das volle Eigenthum ward in der Regel nur durch diese Beleihung erworben, während die natürliche (factische) Uebergabe ein sogenanntes natürliches Eigenthum begründete, welches entweder durch die Lehnsauflassung und Beleihung in ein wirkliches Civileigenthum sich verwandelte oder auch ohne jene Lehnsauflassung nach Ablauf der Verjährung durch Lehnsreichung erworben werden konnte. Dec. 1. v. 1746.

Mochte auch diese Investitur fehlen, immer hatte der, welcher die Sache außergerichtlich unter einem Eigenthum an sich begründenden Titel übergeben erhalten hatte, ein Eigenthum (das sogenannte natürliche). Er konnte es durch Einrede und Klage schützen gegen den, der ein minder gutes Recht hatte, und gegen den noch beliehenen Eigenthümer durch Replik des dolus, wenn dieser sich mit der Einrede des förmlichen Eigenthums vertheidigen wollte.

Denkt man sich nun einen solchen Inhaber des s. g. natürlichen Eigenthums dem Concurse gegenüber, so änderte in dieser Beziehung das Eintreten der Creditorschaft nichts. Denn klagte sie, so stehet ihr die exceptio rei venditae entgegen; klagte der, welcher die Sache im natürlichen Eigenthum hat, auf Auflassung der Lehen gegen den Gütervertreter, so fand gegen

dessen Einrede, daß der Schuldner, und nun die Gläubigerschaft, das Civileigenthum habe, die Replik der res vendita und tradita statt. Immer stehet soviel fest, daß der Inhaber der Sache ein natürliches Eigenthum hat, wenn er unter rechtmäßigem Eigenthumstitel die Sache vom Gemeinschuldner erwarb. Er gehörte daher gar nicht zu denjenigen, welche einen Anspruch gegen den Rechtsvertreter verfolgen, sondern er verhielt sich rein defensiv, er schützte sein Eigenthum gegen den Concurs und wenn er auf Auflassung der Lehn antrug, so änderte dieß in der rechtlichen Beurtheilung der Sache in dieser Richtung nichts, da die Replik der res vendita und tradita auch gegen die Einrede des vollen Eigenthums ihm zur Seite stand, der Anspruch auf Auflassung der Lehen seiner Natur und seinem Zweck nach nicht liquidirt zu werden brauchte.

An diesen Grundsätzen, so weit sie Ausfluß des sogenannten natürlichen Eigenthums sind, hat jedoch das Gesetz vom 6ten November 1843 Manches geändert. Es wird nehmlich das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch nebenher zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken (§. 2.). Nach §. 4. des Gesetzes soll, so lange diese Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums oder der Hypothek oder der andern dinglichen Rechte bestehen, und nach §. 28. soll gegen ein in das Grundbuch eingetragenes Recht an einem Grundstücke, so lange es nicht darin gelöscht ist, eine Verjährung weder angefangen noch vollendet werden.

Der eingetragene Eigenthümer ist also berechtigt zur Vindication; es kann ihm nicht die Einrede entgegengesetzt werden, daß er das Grundstück niemals thatsächlich besessen, daß vielmehr ein Anderer (der Beklagte) justo titulo und

bona fide die unbewegliche Sache selbst die Verjährungszeit hindurch besessen habe; nur die exceptio rei venditae et traditae stehet dem Besitzer gegen den Eingetragenen zu, wenn letzterer oder seine Erben das Grundstück von dem Besitzer vindiciren wollten; ebenso kann er sich nur mit der Entgegnung, daß ein Dritter, welcher eingetragen ist, in bösem Glauben war, gegen diesen Dritten schützen. Die publicische Klage wird ihn als natürlichen Eigenthümer gegen den dritten Inhaber des Grundstücks nicht schützen, denn ein natürliches Eigenthum mit Verjährungsbesitz giebt es nicht mehr; es würde dieß mit dem Zweck und Geist des Gesetzes unvereinbar sein.

Nichts desto minder lassen sich mancherlei Zweifel erheben über die Bedeutung dieser Sätze in ihren Folgen. Die Gesetzgebung scheint dieß selbst gefühlt zu haben. Gleich bei Berathung des Gesetzes kam solcher Zweifel zur Sprache; es ging nehmlich der Deputation der ersten Kammer (ad §. 4.) der Zweifel bei, „ob durch die angeführte Bestimmung die rechtlichen Wirkungen der außergerichtlichen Uebergabe eines Grundstücks besonders in Beziehung auf den jetzt geltenden Rechtssatz beschränkt werden sollen, daß, wenn das Kaufgeld für ein Grundstück bezahlt oder creditirt und dem Käufer das Grundstück außergerichtlich übergeben ist, hierauf aber zu des Verkäufers Vermögen Concurs ausbricht, der Käufer demungeachtet berechtigt ist, von dem Curator bonorum die gerichtliche Lehnsauflassung zu verlangen (conf. Curtius, Handbuch §. 544.)". Die Königlichen Commissarien erklärten, daß hierdurch an dieser Bestimmung des bestehenden Rechts Etwas nicht geändert werden solle (Protocolle der 1. Kammer, Landtags-Acten v. d. J. $\frac{1842}{1843}$ erste Sammlung (Beilagen) p. 357.). Eben diese Frage kam bei den Berathungen selbst wieder zur Sprache (Protocolle derselben Kammer p. 173.). Es ward hier die Frage, welche Wirkungen eine außergerichtliche Grundstücks-Uebergabe nach Erscheinen des Gesetzes noch

haben werde? noch prinzipieller und allgemeiner aufgestellt. Man vereinigte sich in der Ansicht, daß die Wirkung, welche eine außergerichtliche Uebergabe auf das Recht zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums dermalen habe, durch das neue Gesetz, welches nur eine andere Form der Uebertragung des Civilbesitzes begründe, nicht abgeändert werde und daß die Aufnahme einer dießfallsigen Bestimmung in das Gesetz nicht nöthig, aber auch, wolle man nicht über den Zweck desselben hinausgehen, nicht zuläßig sei.

Nach diesen Aeußerungen würde eigentlich durch das Gesetz am alten Rechte durchaus nichts geändert worden sein; der Eintrag sollte blos die bis dahin gewöhnliche Lehnsreichung vertreten, alle übrige Wirkungen sollten bleiben, also auch die des natürlichen Eigenthums, wie es in der 61sten Dec. v. 1661 und in der 1sten Dec. v. 1746 anerkannt und von der Praxis näher ausgebildet worden war. Zunächst würde die außergerichtliche Uebergabe den Inhaber, der in gutem Glauben sich befindet und mit einem das Eigenthum begründenden Titel ausgerüstet ist, befähigen, durch Verjährung das Grundstück in's volle Eigenthum zu bringen, so daß ihm der Richter den Eintrag dann nicht verweigern könnte, und nach der neueren Praxis bedürfte es selbst der Angabe eines Rechtstitels nicht von Seiten dessen, der ein Grundstück durch Verjährung erworben haben wollte (Rechtssatz II. Gesetz-S. v. 1836 p. 270.). Mochte nun auch ein Anderer beliehener Besitzer sein, derjenige, welcher die Verjährungszeit im Besitze des Grundstücks gewesen, hatte dadurch ein unzweifelhaftes, unbedingtes Eigenthum erworben und der Richter hatte ihm die Beleihung nicht zu versagen. Hiernach hätte daher das Gesetz vom 6. November 1843 im Materiellen durchaus nichts geändert und nur die Form wäre eine andere geworden. Schon die Ausführungs-Verordnung vom 15ten Februar 1844 sprach sich nicht ganz so aus, wie die Aeußerungen in den Landtags-Acten hätten erwarten lassen. Man siehet deutlich, daß die Bedeutung

der §§. 2. und 28. des Gesetzes, sowie das Princip, welches dem Gesetze zum Grunde liegt, welches seine Basis ausmacht und einzig und allein den Nutzen erreichen läßt, den man erreichen wollte, nicht wohl zu vereinigen war mit dem Bisherigen. Die Verordnung vom 15. Februar 1844 §. 1. enthält die Vorschrift, daß die erste Decision vom J. 1746 nicht unbedingt aufgehoben sei. Diesem Ausspruch folgte dann ein Beispiel für die Anwendung dieser Decision. Man war hierdurch bereits von den kategorischen Erklärungen beim Landtage etwas zurückgegangen, man fühlte wie sehr jene Erklärung mit dem Wesen des Gesetzes in Widerspruch treten werde. Und in der That läßt sich auch das Fortbestehen eines natürlichen Eigenthums, wie es die Praxis, wie es die beiden Decisionen, so wie die 40. Constitution vom Jahre 1572 P. II. bereits grundsätzlich anerkannt hatten, mit dem Gesetz von 1843 nicht wohl vereinigen.

Nach §. 2. bringt der eingetragene Besitzer das bürgerliche Eigenthum auf einen andern, wenn er diesen eintragen läßt, es bedarf nicht einmal noch der Uebergabe des Besitzes; denn der bisher Eingetragene hat ja selbst den Besitz noch, eben durch den auf ihn lautenden Eintrag (dieß folgt aus §. 2.), und Eigenthum und Besitz werden durch Eintrag des zweiten, dritten u. s. w. zugleich auf diesen übertragen. War ein Dritter bereits im factischen Besitz, hatte er selbst die Verjährung für sich, war er mit einem Wort im bisherigen Sinne natürlicher Eigenthümer, so muß er dennoch nach dem Gesetz von 1843 jedem Eingetragenen weichen, weil der Usucapionsbesitz das natürliche Eigenthum, wenn es noch ein solches überhaupt giebt, niemals in ein solches verwandeln kann, welches seiner Eigenschaft nach sofort zur Form des bürgerlichen berechtigt, d. h. zum Eintrag; denn nach §. 28. wird eine Verjährung gegen ein im Grundbuch eingetragenes Recht völlig ausgeschlossen, es giebt also das helfende Supplement für das natürliche Eigenthum nicht mehr.

Die strenge Folge aus dem Gesagten ist, daß es nur volles bürgerliches Eigenthum an Grundstücken gebe und daß alle übrige Rechte an Grundstücken nur persönliche sind, welche auf Vertrag, auf bösem Glauben des einen Theils, kurz auf Thatsachen beruhen, aus denen nur persönliche Klagen entstehen.

Ein Mittelding zwischen persönlichem Recht auf eine Sache und dem bürgerlichen Eigenthum giebt es nach den Grundsätzen, welche das Ingrossations-System des Gesetzes von 1843 mit sich bringt, nicht; also existirt folgerecht auch kein sogenanntes natürliches Eigenthum, welches durch Verjährung in ein bürgerliches verwandelt werden kann, ebenso keine actio Publiciana, um dieses natürliche Eigenthum geltend zu machen. Wenn der nichtingrossirte Inhaber der Sache gegen den Eigenthümer, welcher sie ihm factisch übergab, sich schützen will, so geschieht dieß durch die Exceptio rei venditae et traditae; will er sich auf Grund eines Contracts oder andern Rechtstitels das bürgerliche Eigenthum verschaffen, so stehet ihm nur die persönliche Klage zu, daß der Eigenthümer seine, des Klägers, Eintragung gestatte. Hat der nachmalige Gemeinschuldner einem Andern, z. B. dem Käufer, das Grundstück übergeben vor Ausbruch des Concurses, so wird ebenfalls diese Klage gegen den Curator bonorum auf Geschehenlassen des Eintrags Platz ergreifen, weil dem auf die Sache klagenden Curator bonorum die exceptio rei venditae et traditae entgegengestanden haben würde und jene Klage nur ein Mittel ist, diese Einrede positiv zur Geltung zu bringen; von einem natürlichen Eigenthum aber ist auch hier nicht die Rede. Wenn das Verhältniß des Inhabers der unbeweglichen Sache zum Concurs den hauptsächlichen Anlaß gab zu den vorstehenden Betrachtungen, so bedarf es doch kaum der Erwähnung, daß noch eine Menge anderer Rechtsverhältnisse von den obigen Sätzen getroffen werde; darum ist der Wunsch ein gerechtfertigter, es möchte die Gesetzgebung die Folgen aus dem Wesen unserer Grund- und Hypothekenbücher noch stracklicher

und klarer entwickeln, als es in dem Gesetze vom 6. November 1843 geschehen ist, dessen Trefflichkeit übrigens auch von uns vollständigst anerkannt wird.

Nekrolog Friedrich Wilhelm Raabe's.

Friedrich Wilhelm Raabe, geboren zu Dresden am 10. Februar 1811, Sohn des damaligen Artilleriehauptmanns, späteren Generalmajors Raabe, erhielt seine Gymnasialbildung zunächst kürzere Zeit auf der Kreuzschule zu Dresden, dann aber in den Jahren 1823—1829 auf der Fürstenschule zu St. Afra. In letzterem Jahre begann er das Studium der Rechtswissenschaft auf der Universität Leipzig, setzte solches 1831 in Heidelberg fort und beendete es zuletzt 1833 in Leipzig. Auf dem dasigen Kreisamte in die Praxis ein- und nach Approbation seiner Advocatenprobeschriften weitergeführt, benutzte er 1835 die damals jungen Juristen in umfänglicherer Maaße als früher gebotene Gelegenheit, sich für die Dicasterialthätigkeit durch den Acceß bei einem Appellationsgerichte auszubilden, und erhielt das Auditorat bei dem zu Leipzig verwilligt. An dieses knüpfte sich 1837 seine Anstellung als Actuar bei dasigem Kreisamte, welche Stellung er noch in demselben Jahre, nach dem immittelst erfolgten Tode seines Vaters, mit der Stellung des Gerichtsverwesers zu Oederan vertauschte. Nach Approbation seiner Beamtenprobeschriften erhielt er 1841 als erste selbständige Richterstellung das Justitiariat in Kohren. 1843 begann er seine Dicasteriallaufbahn als Assessor des Appellationsgerichts zu Budissin, dem er bereits 1844 als Rath eingereiht wurde. 1855 als Oberappellationsrath in den höchsten Gerichtshof des Vaterlandes berufen, widmete er diesem seine Thätigkeit, obschon bereits seit jener Zeit mit einem Nervenleiden kämpfend, in angestrengtester Maaße. Nach verschiedenen, leider vergeblichen Versuchen, das mehr und mehr schmerzhafte Uebel, welches sich durch Lungenaffection complicirte, zurückzudrängen, hoffte er noch im Juni 1859 Linderung von den Heilquellen Elsters. Allein es erwies sich dieser Versuch alsbald als ein vergeblicher, und nach kurzem Aufenthalte nach Hause zurückgekehrt, nahmen die seinem Leben feindlichen Uebel der Gestalt überhand, daß sein sehnlicher Wunsch, in seinem Berufe wieder thätig zu sein, nicht erfüllt wurde, vielmehr am 17. Januar 1860 der Tod seine Leiden endete. Am 19. geleiteten ihn seine Verwandten, Collegen und Freunde aus dem Trauerhause nach der letzten Ruhestätte auf dem Friedhofe zu Neustadt Dresden; und hier sprach der Präsident des Collegii, Dr. von Langenn, Excellenz, an dem Grabe die nachstehenden Worte, welche das ausdrücken, was alle Collegen des Verewigten und gewiß alle Anwesenden, die ihm im Leben näher standen, empfanden:

„Schon wieder am Grabe eines Mannes, welcher dem Ge„richtshofe angehörte, in dessen Namen ich hier das Wort nehme!

„Die anwesenden Mitarbeiter des nun Heimgegangenen „werden diese klagende Aeußerung als eine berechtigte anerkennen; „denn kaum vergieng eine kurze Spanne Zeit, und wir hatten „über harte Verluste zu trauern; seit Jahren hat der Tod in „unserem Kreise gewaltet und Männer weggenommen, die „noch in voller Kraft standen. Aber jene Aeußerung, sie soll „nicht blos die Thatsache erwähnen, nicht blos den Platz „bezeichnen, welchen der Verewigte einnahm, sie soll vielmehr die „innigste Trauer ausdrücken, die wir an dieser Stätte fühlen.

„Wir liebten den verewigten Collegen wegen seines edlen „Herzens und seiner rechtschaffenen Gesinnung, wir schätzten „seine tiefen Kenntnisse, seine reiche Erfahrung, die er in „den verschiedenen Aemtern gesammelt hatte, wir erkannten „seine Treue in dem ihm angewiesenen Berufe. Diese Treue, „die in jedem Wirkungskreise als ein Edelstein des Menschen „glänzt, sie glänzte bei unserem Freunde womöglich in erhöheter „Weise. Denn seit Jahren war er im Kampfe mit grimmiger „Krankheit, die ihre Angriffe nicht aussetzte, und dennoch „legte er den von ihm rein und fleckenlos erhaltenen Richterstab „nicht eher nieder, als bis der gebrechliche Körper ihm allen „Dienst versagte. So hat er gewirkt und gearbeitet treu im „Dienste seines Königlichen Herrn und seines Vaterlandes, „bis er hingieng zum Erscheinen vor dem höchsten Richter, der „über allen irdischen Richtern stehet und der, wie wir glauben, „ihm sagen wird, du bist treu gewesen in dem was dir „anvertrauet war.

„Wir weihen ihm, dem Heimgegangenen, ein liebreiches „und ehrenvolles Andenken, und wenn die Wehmuth uns an das „Herz tritt, so verklärt sie sich durch den Gedanken, daß unser „Freund nun ausgeduldet, ausgelitten und ausgestritten hat „und daß er erhalten habe die Krone des Sieges.“

Präjudizien.

I. Zu dem Strafgesetzbuche.
(Fortsetzung von Heft 4. S. 324.)

51.

Miturheberschaft — thätige Reue. — art. 50. 59. StGB.
Erk. v. 26. Octbr. 1859. ad no. 895/1142. beff. J.

Haben mehrere Personen nach vorgängiger ausdrücklicher Verabredung oder stillschweigender Uebereinkunft gemeinschaftlich eine verbrecherische Handlung ausgeführt, so ist nach dem ersten Abschnitte des Artikels 33. des Criminalgesetzbuchs einem Jeden von ihnen die That ganz beizumessen. Ihre Theilnahme an dem Verbrechen wird für eine gleiche angesehen und es trifft daher auch sie alle, welche sich in dieser Weise an dem Verbrechen betheiligt haben, die darauf gesetzte Strafe. Nach Art. 50. des StGB. gehört zu dem Begriff der mit der vollen Strafe des Verbrechens bedrohten Miturheberschaft der gemeinsame auf die That selbst gerichtete Beschluß und die Mitwirkung zu deren Ausführung oder mindestens die Gegenwart bei derselben. Jedoch werden auch nach dem zweiten Abschnitte des angezogenen Artikels diejenigen den Urhebern beigezählt, welche zwar an dem Beschlusse der That nicht Theil genommen, allein in der Absicht, nicht etwa eine fremde That zu unterstützen, sondern dieselbe zu ihrer eigenen zu machen, zu deren Ausführung mitgewirkt haben. Unter „Ausführung" der That im Sinne des Artikels 33. des Criminalgesetzbuchs sowohl, als in dem

des Art. 50. des StGB. versteht man aber nicht blos gerade die Betheiligung an der Haupthandlung, welche das Wesen des in Frage befangenen Verbrechens bildet, sondern überhaupt jede Thätigkeit, welche zu dem Zwecke, das Verbrechen in Ausführung zu bringen, bei dieser entwickelt worden.

Faßt man nunmehr die Geständnisse der beiden Angeschuldigten W. und M. ins Auge, so läßt sich nach diesen zuvörderst daran gar nicht zweifeln, daß beide bei den vorliegenden Versuchen des Verbrechens der Münz-Fälschung, der eine im Jahre 1850, der andere im Jahre 1855, in verschiedener Weise sich thätig bewiesen haben.

M. hat sich bemüht, einen Graveur zum Stechen der Platte für die falschen österreichischen Banknoten zu gewinnen. Es ist ihm dies auch anscheinend in der Person des Graveurs D. in P. gelungen. Er hat einer Versammlung in der Wohnung des Steigers K. zu J. beigewohnt, wobei K. sich gegen die Anwesenden dahin aussprach, daß eine förmliche Verschwörung sein müsse und unter Entblößung seines Hauptes von denselben den Handschlag, der ihm auch gegeben wurde, forderte. Hierauf hat man daselbst zur Hervorbringung des Wasserzeichens auf dem für die falschen Banknoten zu verwendenden Papiere dienende Versuche angestellt.

Später ist von M. solches Papier in die Wohnung des D. geschafft, auch dieser außerdem zu zwei verschiedenen Malen noch von ihm aufgefordert worden, die Anfertigung der Platte zu beschleunigen.

Die Thätigkeit des Angeschuldigten W. bei der versuchten Münzfälschung im Jahre 1855. besteht auf Grund seiner eigenen Geständnisse darin, daß auch er den Graveur D. in P. angegangen hat, eine Platte zum Verfertigen falscher österreichischer Banknoten zu stechen, daß er mit D. nach U. in Böhmen gegangen, damit dieser eine daselbst stehende Presse prüfe, ob dieselbe für den bewußten verbrecherischen Zweck tauglich sei, daß er den mehrgedachten Graveur in zwei Briefen vom 8. und resp. vom 22. September 1855. an das Stechen der Platte, in dem erstern unter Beilegung einer echten Fünf-Gulden-Note, erinnert, daß er hierauf selbst wieder nach P. sich verfügt und daselbst drei auf photographischem Wege

erzeugte Abdrücke — einen negativen und zwei positive — von D. in Empfang genommen und daß er endlich diese nach Böhmen weiter befördert hat.

Es drängt sich nunmehr aber die Frage auf, haben M. und W. die eben aufgeführten Handlungen in Folge ausdrücklicher Verabredung oder doch stillschweigender Uebereinkunft das Verbrechen des Falschmünzens zu begehen, unternommen, oder muß man nach den Umständen annehmen, daß ihr Wille nur auf Unterstützung einer fremden That gerichtet gewesen sei.

Beide haben allerdings nicht aus einem, von fremdem Einflusse frei gebliebenen Entschlusse gehandelt. Sowohl bei M. als bei W. tritt der Böhme Anton R. aus L. bezüglich unter Beihülfe des nunmehr verstorbenen Schuhmachers L. in U. als Verführer auf. Er hat sie dazu vermocht, sich dem verbrecherischen Unternehmen anzuschließen. Allein sie haben dasselbe nicht als ein ihnen fremd stehendes angesehen, zu dessen Gelingen sie nur hülfreiche Hand anlegen sollten, sondern offenbar ist ihre Mitwirkung von ihnen in der Absicht, das Unternehmen zu dem ihrigen mitzumachen, zugesagt und geleistet worden. Dies läßt sich schon aus der Beharrlichkeit und Thätigkeit, die beide zur Erreichung des Zieles, der Fabrikation falscher Banknoten, angewendet und entwickelt haben, entnehmen. Galt es nur einem fremden Unternehmen, bei welchem für sie nur ein geringer Gewinn ausfallen konnte, und wären also wirklich bei ihrer Hülfeleistung von M. nur die Vergütung für seine Bemühungen und von W. die Wiedererlangung eines Darlehns von 25 Thlr., wie sie behaupten, als einziger Zweck verfolgt worden, so würde die Wichtigkeit ihrer Leistungen und insbesondere auch die damit verbundene Gefahr in einem argen Mißverhältnisse zu dem, was sie damit erreichen wollten, stehen. Dieses Mißverhältniß ist zumal bei W., dem angesehenen Gemeindevorstande von U., sogar ein derartiges, daß man eben annehmen muß, es habe nicht ein fremdes Vorhaben unterstützt werden sollen, sondern es sei dieses zu dem eigenen gemacht worden. Diese Annahme ist um so unzweifelhafter und begründeter, als W. in den Briefen Bl. von seiner Sache, die gleich in Arbeit genommen werden solle, und von Gottes Segen, der ihnen durchhelfen werde, spricht und M. den

Handschlag „zur Verschwörung" an den Steiger K. mit abgestattet hat.

So gewiß nun aber ferner die Vorschrift des Artikels 44. des StGB. im vorliegenden Falle keine Anwendung finden kann, dafern man erwägt, daß allerdings M. durch äußerere Umstände, nämlich durch den Brief des Graveurs D., worin sich offen dessen Wille kund gab, die bewußte Platte nicht zu stechen, an der weiteren Verfolgung seines verbrecherischen Vorhabens gehindert worden, so unbedenklich erschien dagegen die Anwendbarkeit des Artikels 59. des StGB. Mag D. blos zum Scheine oder in verbrecherischer Absicht sich der Verbindung der Falschmünzer angeschlossen haben, durch seinen Rücktritt ist das Unternehmen, insofern sich wenigstens M. dabei betheiligte, rückgängig gemacht worden. D. handelte hierbei ganz aus freiem Antriebe, denn wenn auch an die Amtshauptmannschaft zu Pl. von dem verbrecherischen Vorhaben Notiz gelangt war, so hatte letztere diese Kenntniß doch erst aus D's. eigenen Mittheilungen geschöpft und wußte nichts mehr und nichts weniger, als was er ihr zu offenbaren für gut befunden hatte. Würde nun die Anwendbarkeit des Artikels 59. auf M's. Handlungsweise ohne allen Zweifel sein, falls D. wirklich die Absicht gehabt hätte, Falschmünzerei zu treiben, so liegt kein Grund vor, um diese deshalb auszuschließen, weil D. vielleicht nur sein Spiel mit M. getrieben und unter der Maske des Beitritts zu dem verbrecherischen Unternehmen dessen Vereitelung und die Ueberlieferung aller Theilnehmer daran in die Hände der Gerichte gleich von allem Anfange an als Ziel im Auge hatte. M. hielt ihn für einen Mitschuldigen und da es sich hier um die Bestrafung M's. handelt, so muß auch seine Strafbarkeit nach seiner subjectiven Anschauung der vorhandenen Verhältnisse beurtheilt werden.

52.

Auch der Vorhalt einer an sich nicht ehrenrührigen Thatsache kann Beleidigung sein. — Zu art. 239. 240. StGB.

Erk. v. 19. Octbr. 1859. ad no. 1143/1110. deff. J.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß selbst die Mittheilung über eine an sich richtige Thatsache, wenn sie in beleidigender und die

Absicht, Verachtung auszudrücken, kund gebender Form geäußert wird, einen Strafantrag darauf zu begründen geeignet erscheint. So verhält es sich insbesondere mit der Aeußerung über die an sich richtige Thatsache, daß B. als Angesessener durch die von ihm bezahlten Steuern zu Completirung der Staatscassen, aus welchen die Gehalte der Beamten und anderer für den öffentlichen Dienst angestellter Personen, also auch der Gendarmen, bestritten werden, beitrage. Wenn aber eine solche Aeußerung in Folge eines Wortwechsels über die dem Gendarmen zustehenden Befugnisse, in Folge dessen der Aeußernde überhaupt eine gereizte Stimmung an den Tag gelegt hat, an einem öffentlichen Orte, in Gegenwart anderer Personen, wie ein Mittel, den Gendarm in die ihm gebührenden Schranken zurückzuweisen, geschieht, so kann einem solchen Verfahren eine andere Absicht, als den Andern in der Meinung der Mitanwesenden herabzusetzen und ihn die eigene Wichtigkeit gegenüber seiner vermeintlichen Selbstüberhebung empfinden zu lassen, nicht unterstellt werden.

53.

Die zu Verdeckung eines verübten Eigenthumsverbrechens vorgenommene Täuschung enthält nicht die Begriffsmerkmale des nach art. 284. StGB. strafbaren Betrugs.

Erk. v. 23. Novbr. 1859. ad no. 1245/1230. d. J.

Unter der der Anschuldigung nach von H. unterschlagenen Gesammtsumme von 969 Thlr. 19 Ngr. 6 Pf. befindet sich ein Defect von 874 Thlr. 23 Ngr. 9 Pf., dessen Existenz sich bei Prüfung des Nachtrags zu den Rechnungen auf die Zeit von 1849. bis 1852. nach dem Ausspruche der Sachverständigen herausgestellt hat, indem in diesem Nachtrage eine Summe im obigen Betrage wiederholt in der Ausgabe gebucht worden sein soll. Der Staatsanwalt erblickt nun darin, daß eine bereits als verausgabt gebuchte Post anderweit in Ausgabe gestellt und eine derartige Rechnung der vorgesetzten Behörde übergeben wird, einen derselben gegenüber versuchten Betrug, wogegen das Bezirksgericht in einer solchen Handlungsweise die Begriffsmerkmale des gedachten Verbrechens vermißt

Wie die Sache gegenwärtig liegt, würde sich die Fortstellung der Untersuchung wegen versuchten Betrugs nicht rechtfertigen lassen. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß H. beschuldigt ist, den Betrag dessen, was er zuviel in Ausgabe gestellt und mithin den durch die Sachverständigen berechneten Defect von 874 Thlr. 23 Ngr. 9 Pf. unterschlagen zu haben. Ist diese Beschuldigung begründet, so hat er durch die wiederholte Verausgabung der bereits in Ausgabe gestellten Posten nicht erst die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils bezwecken können, sondern sein Gebahren mag nur dazu gedient haben, durch die vorgenommene Täuschung der vorgesetzten Behörde über den wahren Stand der Kasse, den schon erlangten rechtswidrigen Vermögensvortheil, die schon verhangene Unterschlagung, zu verdecken. Es bedarf sonach nicht einmal eines Eingehens auf die Frage, ob in dem mehrberegten Gebahren die Vorspiegelung unwahrer oder Verheimlichung wahrer Thatsachen oder Verhältnisse gefunden werden könne, um zu dem Resultate zu gelangen, daß dessen Subsumtion unter Art. 284. und 40. des StGB. verb. mit dem Erläuter. Ges. vom 15. Juli 1858. bedenklich fallen muß.

54.

Die in gewisser Beziehung anerkannte Gleichstellung des Wechsels mit Gelde schließt die Annahme eines Creditbetrugs beim Ausgeben oder Verkaufen eines gefälschten Wechsels nicht aus.

Erk. vom 28. Novbr. 1859 ad no. 1250/1266. deff. J.

Es ist zwar vom civilrechtlichen Gesichtspuncte aus, rein objectiv betrachtet, ganz richtig, daß in dem Kaufen eines Wechsels, in der Bezahlung der Kaufsumme für den Wechsel, nicht ein Creditgeben an den Verkäufer des Wechsels, sondern lediglich die käufliche Erwerbung eines Werthpapiers, eines Objects, welches der Käufer für werthvoll hält, liegt; es scheint also hiernach allerdings, als ob man, wenn ein Wechsel gefälscht, begeben und vor der Verfallzeit vom Fälscher eingelöst wird, von einem Creditbetruge nicht sprechen, sondern nur annehmen könne, daß jener durch rechtzeitige, nach Umständen unter Art. 65. des CrimGB. und

Art. 296. des StGB. zu subsumirende Deckung des verkauften, an sich ganz werthlosen Papieres die Entdeckung des von ihm zur Erlangung einer bestimmten Summe verübten ausgezeichneten Betrugs verhindert habe. Allein bei dieser Ansicht wird die in dergleichen Fällen möglicher Weise vorhandene entgegengesetzte subjective Auffassung des Verbrechers zu wenig berücksichtigt, obschon diese in Criminalsachen, schon nach allgemeinen Grundsätzen, vorzugsweise zu beachten, und im Art. 286. des StGB. geradezu als entscheidend für die Frage: ob man in concreto anzunehmen habe, daß es dem Thäter bei der Täuschung blos darum zu thun gewesen sei, Geld oder Geldeswerth auf Credit zu erlangen, bezeichnet und hervorgehoben worden ist. Mag daher in dem Kaufen eines Wechsels an und für sich kein Creditgeben an den Verkäufer, sondern ein wirklicher Kauf liegen, so hindert dies die Anwendung der Grundsätze vom Creditbetruge so schlechthin noch nicht, dafern nur das Vorgeben der blos auf Erlangung des Credits gerichteten Absicht, nach Lage der Sache, ein glaubhaftes ist.

55.

Das Objekt einer durch Verbrauch fremden Geldes begangnen Unterschlagung ist nicht nach der Gleichzeitigkeit der Einnahme, sondern nach der Gleichzeitigkeit des Verbrauchens und ohne Rücksicht darauf, zu welchem Zeitpunkte es zurückzugewähren war, zu beurtheilen. — Zu art. 287. StGB.

Erk. vom 7. Novbr. 1859 ad no. 1087/1171 deſſ. I.

Der Ansicht der vorigen Instanz, daß in allen Fällen, in denen Jemand fremde Gelder nach und nach in seinen Nutzen verwendet hat und solche zur bestimmten Zeit, oder, wenn eine solche nicht festgesetzt worden, auf Verlangen des Berechtigten, nicht sofort zu ersetzen vermag, stets rücksichtlich der ganzen hierbei in Frage kommenden Summe, ohne alle Rücksicht darauf, ob dieselbe in einzelnen Posten und zu ganz verschiedenen Zeiten verbraucht worden, und ob deren Verwendung aus einem und demselben Entschlusse hervorgegangen ist, oder nicht, nur eine einzige Unterschlagung anzunehmen sei, hat nicht beigetreten werden können. Vermag derjenige,

welcher sich fremde Gelder angeeignet hat, dieselben rechtzeitig nicht zu ersetzen, so folgt hieraus — dafern nicht ausnahmsweise ganz besondere Umstände für die gegentheilige Annahme sprechen — daß er dieselben ohne die wohlbegründete Ueberzeugung, die Gewähr zur bestimmten Zeit oder beziehendlich auf jedesmaliges Verlangen des Berechtigten ohne Verzug leisten zu können, **verbraucht** hat, und daß er sich daher, und zwar schon durch den **Verbrauch** derselben, einer oder nach Befinden einer Reihe von Unterschlagungen schuldig gemacht hat; keineswegs wird aber das Verbrechen der Unterschlagung erst zu **dem** Zeitpuncte begangen und vollendet, zu welchem die bereits verbrauchten Gelder zu gewähren gewesen wären, da hierbei eine verbrecherische Thätigkeit irgend einer Art nicht in Frage kommt. Die entgegengesetzte Ansicht des Bezirksgerichts findet weder in den Worten noch in dem Sinne des Art. 287. des StGB. eine genügende Unterstützung, und läßt sich mit dem Begriffe der Unterschlagung nicht vereinigen.

56.

Ueber die Anwendung des 2. Abschnitts von art. 300. StGB.

Erk. vom 23. Novbr. 1859 ad no. 1262/1239. deff. J.

Im Artikel 240. des CrimGB. war dem Richter bei zum zweiten Male rückfällig gewordenen Dieben die **Ermächtigung** gegeben, die durch den dritten Diebstahl verwirkte Strafe in der zunächst folgenden höheren Strafart verbüßen zu lassen. Der Artikel 300. des StGB. hat hier in verschiedenen Beziehungen eine Aenderung herbeigeführt. Zuvörderst handelt es sich jetzt nicht mehr um eine bloße **Ermächtigung**, sondern die nunmehr geltenden Vorschriften sind **präceptiv** gefaßt. Hiernächst macht es einen Unterschied, ob die früheren Strafen nur in Gefängniß bestanden, oder ob sich darunter wenigstens eine Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe befunden habe. In dem letztern Falle soll mit der neuen Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe in die nächsthöhere Strafart in gleicher Dauer übergegangen, jedoch schlechterdings nicht unter einem Jahre erkannt werden. Dagegen ist bei Dieben, welche bis jetzt nur Gefängnißstrafen erlitten, anstatt der anderweit verwirkten Ge-

fängnißstrafe auf Arbeitshaus bis zu sechs Monaten, mithin, da nach Artikel 32. auf eben gedachte Strafart nicht unter vier Monaten und nicht nach kleineren Zeitabschnitten als nach Monaten erkannt werden darf, auf Arbeitshaus von vier, fünf oder sechs Monaten zu erkennen, und wenn die neue Strafe schon in Arbeitshaus oder gar in Zuchthaus besteht, diese neue Strafe nach Art. 14. und bezüglich 16. zu schärfen. Selbst also auch mit der neu verwirkten Gefängnißstrafe wird nicht wegen des wiederholten Rückfalls auf Arbeitshaus in gleicher Dauer übergegangen, sondern statt der Gefängnißstrafe tritt Arbeitshaus in der Dauer von vier bis sechs Monaten ein. Hieraus folgt, daß der Richter einem Diebe, der an und für sich Gefängniß in der Dauer von nur wenigen Tagen verwirkt hat, sobald die Voraussetzungen des Artikels 300. unter 2. vorhanden sind, zum Mindesten eine viermonatliche Arbeitshausstrafe auferlegen muß, allein der Richter ist anderer Seits auch wiederum berechtigt, nur auf diese Strafe zu erkennen, wenn schon den Dieb anstatt der wenigen Tage, Gefängniß von fünf Monaten an und für sich treffen würde.

Ob der zur Bestrafung vorliegende Diebstahl das Hauptverbrechen bildet, oder dieserhalb nur auf einen Zusatz zu einer dem Diebe wegen eines anderen schwereren Verbrechens auferlegten Einsatzstrafe erkannt wird (Art. 78.) und ferner bei Beurtheilung des Rückfalls im Allgemeinen der Art. 82. oder der Art. 85. Platz zu ergreifen gehabt habe, ist bei der Frage über die Anwendbarkeit des Art. 300. auf den concreten Fall einerlei. Er muß selbst dann Anwendung finden, wenn auch der Diebstahl bei der vorhandenen Concurrenz von Verbrrechen als das minder schwere sich darstellt.

II. Zu der Strafproceßordnung.

(Fortsetzung von Heft 4. S. 329.)

35.

Die Vorschrift der St.Pr.O. art. 90. 1. über Einwendung von Rechtsmitteln durch Beauftragte unterliegen strenger Auslegung.

Erk. v. 14. Novbr. 1859 no. 1221/1202. d. J.

Die von St. und zwar durch den Advokat Sch. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde war für versäumt zu achten. Bei Publication des von dem Gerichtsamte S. ertheilten Bescheides wendete nach Bl. — genannter St. persönlich Einspruch dagegen ein und verband damit den Antrag, die Acten dem Adv. Sch. vorzulegen. In diesem Antrage, an sich betrachtet, ist lediglich der von St. dem gedachten Sachwalter ertheilte Auftrag, den von Ersterem persönlich eingewendeten Einspruch auszuführen, keineswegs aber eine Bevollmächtigung Sch.'s zu Einwendung eines andern Rechtsmittels zu befinden. Hiernach würde der Nichtigkeitsbeschwerde, welche besage Bl. — später von dem Adv. Sch. im Namen St.'s gegen den Bescheid des Gerichtsamts S. erhoben worden, mit Rücksicht auf die Bestimmungen in Art. 90. Abs. 1. der Str. Pr. Ordn. nur dann rechtliche Geltung zugestanden werden können, wenn entweder schon vor der Bescheidspublication eine von St. für den Adv. Sch. ausgestellte, ihrem Inhalte nach Letzteren zu der bewirkten Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde ermächtigende Vollmacht bei den Acten sich befunden hätte, oder wenn während der zehntägigen Einwendungsfrist die Seiten des genannten Inculpaten erfolgte

Beauftragung des Adv. Sch. zu Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde nachgewiesen worden wäre. Beides ist nicht der Fall. Zwar ist, während zur Zeit der Bescheidseröffnung eine dem Adv. Sch. durch St. ertheilte Vollmacht sich nicht bei den Acten befand, späterhin eine solche ausgestellt und dem Untersuchungsgerichte überreicht worden. Allein dies ist besage Bl. erst lange nach Ablauf der Zehntagsfrist geschehen, und wenn gleich die eingereichte Vollmacht eine Ratihabition alles dessen, was von dem genannten Sachwalter für St. in gegenwärtiger Untersuchungssache zeither gethan worden, enthält, so konnte doch auch dies zu Aufrechthaltung der Nichtigkeitsbeschwerde des St. nicht führen, da nach den bestimmten Vorschriften in Art. 90. Abs. 1. der St.P.O. der dem Adv. Sch. von St. ertheilte Auftrag zu der Seiten des Ersteren für Letzteren bewirkten Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde bei Verlust dieses Rechtsmittels innerhalb der Einwendungsfrist nachzuweisen war.

36.

Die Auffassung der ersten Instanz über die Natur der bei der Rückfälligkeitsfrage in Betracht kommenden früher bestraften Verbrechen gehört nicht zu derjenigen thatsächlichen Feststellung, an welche die höhere Instanz nach art. 347. 351. St.Pr.O. gebunden ist. — Die Richtigkeit der Unterstellung bei der Bestrafung des vorausgegangenen Verbrechens kann nicht zum Nachtheile des Angeschuldigten in Frage gestellt werden.

Erk. v. 2. Novbr. 1859 no. 1177/1156. d. J.

Die Frage, ob Inculpat früher wegen Diebstahls oder Unterschlagung mit Arbeitshaus bestraft worden sei, kann nicht zur Schuld- oder Thatfrage gerechnet werden. Es handelt sich um etwas bereits längst Abgemachtes, um frühere Bestrafungen und in keiner Beziehung um Thatsachen, welche erst in der vorliegenden Untersuchung festzustellen waren. Das Gerichtsamt L. nimmt an, es lägen frühere Bestrafungen des Angeschuldigten vor, welche die Anwendung des Art. 300. im ersten Abschnitte bedingten.

Gegen diesen Ausspruch ist offenbar eine Nichtigkeitsbeschwerde insofern statthaft, als mittelst derselben dagegen angekämpft werden soll, daß die an T. vollstreckten Strafen zur Anwendbarkeit der gedachten Gesetzesstelle geeignet seien.

Das Gerichtsamt hält sie für geeignet, weil es die Erkenntnisse Bl. so aufgefaßt hat, daß die im Jahre 1855 erkannte Arbeitshausstrafe dem Angeschuldigten wegen Diebstahls auferlegt worden sei.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bestritten, und das Nichtvorhandensein der Bedingungen der Anwendbarkeit des Art. 300. 1. behauptet, oder mit anderen Worten, es wird behauptet, daß die Verbrechen des Diebstahls und Betrugs, deren der Angeschuldigte in dem gerichtsamtlichen Bescheide für schuldig erachtet worden, einem darauf nicht anwendbaren Gesetze (Art. 300. 1. des St.G.B.) untergestellt worden seien (Art. 377. und 349. III. 1. d. St.P.O.). Allein die Nichtigkeitsbeschwerde war, was den dritten Beschwerdepunkt anlangt, neben ihrer Zulässigkeit auch vollständig begründet. Denn allerdings fehlen jene Bedingungen. Das K. OAG. hat in den Entscheidungsgründen Bl. ausgesprochen, daß die fragliche Uhr gestohlen oder veruntraut worden sei. Es hat also unentschieden gelassen, ob Diebstahl oder Veruntrauung vorliege. Die bestimmte Annahme, daß T. damals wegen Diebstahls mit Arbeitshaus bestraft worden, ist also jedenfalls unrichtig, vielmehr muß man sogar gegenwärtig zu seinem Gunsten sich für das Gegentheil, dafür nämlich entscheiden, daß ihn die Strafe nicht wegen Diebstahls, sondern wegen Unterschlagung getroffen habe. Letztere aber ist nicht mit unter die Zahl der Verbrechen aufgenommen, welche die Anwendung des Art. 300. bei dem zweiten Rückfalle nach sich ziehen, mithin die Auferlegung der einjährigen Arbeitshausstrafe auf Grund Art. 300. 1. ungerechtfertigt.

37.

Zur Salvirung der für den Antrag zur Wiederaufnahme einer Untersuchung zum Nachtheile des Angeklagten gesetzten achtwöchigen Frist genügt es, wenn innerhalb derselben der Staatsanwalt den Antrag auf Untersuchung der den Grund der Wiederaufnahme enthaltenden Thatsachen stellt, sei es auch, daß er das beantragte Verfahren nicht speciell als Wiederaufnahme bezeichnet — art. 391,1. St.Pr.O.

Erk. v. 14. Novbr. 1859 no. 1243/1201. d. J.

Es hat zwar der Staatsanwalt den ausdrücklichen Antrag auf Wiederaufnahme der Untersuchung (gegen den wegen leichtsinnigen Aufborgens nach art. 309. StGB. mit dreimonatiger Gefängnißstrafe belegt gewesenen B.) erst Bl. gestellt, allein davon, daß dieser Antrag nicht rechtzeitig gestellt worden (Art. 391. der Str.Pr.O.), kann um deswillen nicht die Rede sein, weil bereits Bl. am 21. März 1859 der Staatsanwalt dadurch, daß er die Einleitung der Voruntersuchung wider B. wegen betrügerischen Bankerotts beantragte, seine Willensmeinung, denselben noch nach dieser Richtung hin zur Verantwortung ziehen zu lassen, kund gegeben hat. Da er von der Ansicht ausging, daß dies mittelst einer neuen Untersuchung und nicht mittelst der Wiederaufnahme des früheren Strafverfahrens zu bewerkstelligen sei, so konnte er conform dieser Ansicht nicht die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, sondern mußte die Einleitung der Voruntersuchung beantragen. Allein ein Antrag, den bereits Bestraften wegen des neuerdings wider ihn zur Sprache Gekommenen anderweit zur Untersuchung zu bringen, liegt offenbar vor. Dem Wesen nach war bereits in dem Antrage Bl. die Wiederaufnahme nachgesucht, und darauf, daß dieses Gesuch nicht in die gehörige Form gebracht worden, kann Etwas nicht ankommen.

Wenn ferner das leichtsinnige Aufborgen nur dann mit Strafe nach Art. 309. des Strafges.-B. bedroht ist, wenn die Voraussetzungen des böslichen Bankerotts nicht eintreten, sobald letztere aber vorliegen, in diesem schwereren Verbrechen aufgeht, so ist

allerdings der Grund unter 4. im Art. 386. der Str.Pr.O., aus dem die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme beantragen kann, vorhanden.

38.

Die im Anschlusse an das Strafverfahren — Str.Pr.O. art. 434. fgg. — erlangte Verurtheilung eines insolventen Angeschuldigten überhebt nicht der Nothwendigkeit der Anmeldung des Anspruchs beim Creditwesen.

Erk. v. 9. Novbr. 1859 no. 1154/1180. d. J.

Das von O.'s Vertheidiger gegen dessen Verurtheilung in Gemäßheit der von der k. Brandversicherungscommission im Anschlusse an das Strafverfahren erhobenen Ansprüche vorgebrachte formelle Bedenken erscheint um deswillen nicht begründet, weil es wohl denkbar wäre, daß gedachte Brandversicherungscommission sich bei dem zu O.'s Vermögen ausgebrochenen Concurse gar nicht zu melden, sondern den Wiedereintritt besserer Vermögensumstände des Schuldners zu ihrer Befriedigung abzuwarten beabsichtigte; dem ausgebrochenen Concurse gegenüber würde freilich die jetzt erlangte Verurtheilung des Schuldners jene Commission der Verbindlichkeit, ihre Ansprüche zu liquidiren, nicht überheben.

III. Wechselrecht.

(Fortsetzung von Heft 3. S. 245.)

13.

Blancoindossament an den Domiciliaten, oder das Wechselverhältniß lösende Quittung des letzten Indossatars?

II. Sen.-Erk. vom 9. August 1859 ad no. 270/227.

Beklagter E. ist Aussteller des den Acten im Originale vorgehefteten, an eigene Ordre auf Sch. & Co. in R. gezogenen und ult. Novbr. 1858 bei den Klägern in M. zahlbar gewesenen Primawechsels d. d. R. d. 3. Aug. 1858 über 1227 Thlr. im 14Thalerfuße, welchen er sodann mit dem Seiten der genannten Trassaten darauf gebrachten Accepte versehen, noch vor der Verfallzeit mittelst des in tergo ersichtlichen Blanco-indossaments an J. D. H. in M. weiter begeben hat. Gegenwärtig befindet sich gedachter Wechsel in den Händen der darin genannten Domiciliaten — der jetzigen Kläger —.

Wie nun dieser letztere Umstand an sich betrachtet einen nicht unerheblichen Grund für die Voraussetzung bietet, daß das Wechselgeschäft in der Ordnung verlaufen, mithin das Papier von den Klägern in ihrer Eigenschaft als Domiciliaten für Rechnung der Acceptanten Sch. & Co. am Verfalltage eingelöst worden sein möge, so scheint diese Voraussetzung noch überdies nicht unwesentliche Unterstützung zu finden in dem Thatumstande, daß auf der Rückseite des Wechsels unmittelbar hinter dem Blancogiro des Beklagten folgende Worte:

„Erhalten u. (unter?) Vorbehalt des richtigen Eingangs
M., den 30. Nov. 1858.
J. D. H....."

sich vorfinden, welche Worte kaum etwas Anderes als ein — wiewohl mit dem ausgedrückten Vorbehalte verbundenes — Empfangsbekenntniß des Indossatars des Beklagten, H., bedeuten können.

Wäre nun dieses Bekenntniß als Quittung H.'s über die klägerischer Seits bewirkte Einlösung des Wechsels anzusehen, so würde den Klägern, wie von selbst einleuchtet, ein wechselmäßiger Regreß gegen keine der in dem Wechsel namhaft gemachten Personen zustehen. Sie würden vielmehr, weil solchenfalls die Wechselschuld durch Zahlung erloschen, auf Grund der Letzteren nur nach Befinden mittelst einer actio negotiorum gestorum oder mandati contraria oder sonst gegen die Acceptanten Sch. u. Co., für deren Rechnung voraussetzlich von ihnen gezahlt worden, einen Anspruch auf Schadloshaltung erheben können, welcher letztere freilich in seinem Ergebnisse insofern problematisch sein dürfte, als Sch. u. Comp. nach Bl. inzwischen in Concurs verfallen sind.

Umsomehr erklärt es sich, warum Kläger jetzt bestreiten, daß die oben hervorgehobenen Worte H.'s als Quittung über eine ihrerseits bewirkte Einlösung des Wechsels aufzufassen seien.

Kläger nämlich glauben — und hierauf beruht ihre Klage — vermöge der H.—schen Schrift, welche sie als ein Giro betrachtet wissen wollen, ein Recht darauf zu haben, für ihre Person als Eigenthümer des Wechsels behandelt zu werden, und dieser Ansicht, wenn sie anders richtig wäre, entspricht es auch, wenn Kläger nach Ausweise der der Klage beigefügten Notariatsurkunde, an sich rechtzeitig — d. h. in nach Art. 41. der A. D. WO. noch zulässiger Weise, noch am 2ten Tage nach dem Zahlungstage, — sich selbst in ihrer Eigenschaft als Domiciliaten den Wechsel zur Zahlung haben vorlegen und im Mangel Deckung Seiten der Acceptanten Protest erheben lassen, hierauf aber, nachdem sie ihrem angeblichen Giranten H. Notification ertheilt, unter Uebergehung des Letzteren, sofort gegen den Beklagten als Aussteller und ersten Indossanten regrediren.

In der That würde auch, die factische Richtigkeit des Anführens vorausgesetzt, der erhobenen Wechselklage, deren urkundliche Unterlagen anerkannt sind, Statt gegeben werden müssen. Denn unbeschadet ihrer aus dem Wechselpapiere sich ergebenden Eigenschaft als Domiciliaten, welche ihnen selbst eine wechselmäßige Haftung nicht auferlegt, sondern nur den Auftrag an sie, den Wechsel zur Verfallzeit für Rechnung des Acceptanten einzulösen, enthält, wären Kläger den Wechsel vor der Verfallzeit von dem Inhaber H., durch Giro eigenthümlich an sich zu bringen, um so weniger behindert, als nach Art. 10. der A. WO. sogar an den Acceptanten ein Wechsel gültig indossirt werden kann. Wenn nun aber Beklagter als Aussteller vermöge des darauf von ihm gebrachten Giro in blanco die Garantie der Bonität des Wechsels übernommen hat, und dieserhalb eintretenden Falles wechselregreßpflichtig ist,

Einert, zur Lehre von der Begebung solcher Wechsel, welche an eigne Ordre gestellt sind, im Archive für deutsches Wechselrecht, Th. 5. S. 11.

so hängt die Entscheidung der Sache, wie die vorige Instanz (AG. Zwickau) ganz richtig schon hervorgehoben hat, und womit auch Kläger sich selbst conformiren, lediglich von der Frage ab, ob die oben wörtlich hervorgehobene Erklärung H.'s als Giro deutlich erkennbar und hiernach ausreichend sei, um die Kläger als Inhaber der Wechselforderung erscheinen zu lassen.

Diese Frage hat man jedoch, conform mit der Auffassung voriger Instanz, zu verneinen gehabt.

So gewiß nämlich der nurgedachten Erklärung das Characteristische eines eigentlichen Indossaments fehlt, weil die Absicht H.'s, seine wechselrechtlichen Befugnisse überhaupt und insbesondere auf die Kläger zu übertragen, aus den gebrauchten Worten, welche, wie gedacht, nichts weiter, als ein bedingtes Empfangsbekenntniß enthalten, sich nicht abnehmen läßt, ebensowenig läßt sich selbige, wie Kläger wollen, als ein Giro in blanco auffassen. Denn indem die WO. im Art. 12. es für eine gültige Indossamentsform ansieht, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels schreibt, so geschieht dieses darum, weil sie will, daß aus dem Vorhandensein einer derartigen Namensschrift in blanco auf

die Absicht des Inhabers, das Papier weiter zu begeben, geschlossen werde. Je eingreifender nun aber das Institut des Blancogiro's in seinen Folgen für den Wechselverkehr ist, weil auf den Grund eines solchen nach Art. 13. jeder Inhaber des Wechsels als solcher legitimirt und befugt sein soll, die auf demselben befindlichen Blancoindossamente auszufüllen, oder auch ohne diese Ausfüllung den Wechsel weiter zu indossiren, als wodurch der Wechsel in gewissem Sinne zu einem Papiere auf den Inhaber erhoben wird,

Brauer, die Allgemeine deutsche Wechselordnung, Bemerkung zu §. 13.

um so weniger lassen die gesetzlichen Bestimmungen über das Blanco-Indossament eine extensive Auslegung zu.

Liegt daher, wie dieses in dem vorliegenden Falle in Ansehung der H.—'schen Schrift der Fall ist, neben der Namensunterschrift noch eine weitere schriftliche Erklärung dessen, der die Namensunterschrift bewirkte, vor, so kann, eben weil es an einer Namenszeichnung in blanco gebricht, der Natur der Sache nach auch von einem Indossament in blanco nicht die Rede sein. Wenn aber Kläger der Meinung sind, es sei eine deutliche Erklärung, indossiren zu wollen, überhaupt nicht erforderlich gewesen, indem vielmehr, sobald der Inhaber des Wechsels auf die Rückseite desselben irgend eine Erklärung unter seiner Namensschrift angebracht habe, die Absicht, den Wechsel zu indossiren und insonderheit in blanco zu indossiren, so lange präsumirt werden müsse, als bis diese Präsumtion nicht geradezu durch den Inhalt der Schrift selbst aufgehoben werde, so stellen sie hier etwas auf, was mit dem Begriffe eines Blanco-Indossaments geradezu unvereinbar erscheint.

Nach alledem leuchtet ein, daß die im Eingange angeführte Erklärung H.'s, da solche ihrer ganzen Fassung nach ebensowenig, wie Kläger Bl. eventuell verlangen, als ein Procura-Indossament gelten kann, nicht den Effect hat, die Kläger als Inhaber des Wechsels zu legitimiren; dieses um so weniger, als, wie im Eingange schon ausgeführt worden ist, aus den Umständen ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit sich ergiebt, daß sie im Gegentheile eine Quittung H.'s über die Einlösung des Wechsels hat enthalten sollen: eine Annahme, welche durch die neuerlich von den Klägern

beigebrachte Erklärung H.'s Bl. weit mehr bestätigt als widerlegt wird. Sei dem jedoch wie ihm wolle; allermindestens herrscht über das eigentliche Sachverhältniß, soweit oftgenannter H. dabei in Frage gelangt, offenbar nicht diejenige urkundliche Klarheit, welche vorhanden sein müßte, wenn man die Kläger zu Anstellung einer Wechselregreßklage gegen den Beklagten auf den Grund der oftgedachten H.—'schen Schrift für befugt erachten wollte. Dieselben können aber, wie die Sache dermalen liegt, eben so wenig auf das eigene, über der Schrift H.'s befindliche und an sich zweifellos richtige Blanco-Giro des Beklagten zu ihrer Legitimation sich stützen, was sie übrigens — ungeachtet an einer Actenstelle (vergl. Bl.) eine hierauf bezügliche Andeutung sich vorfindet — insofern auch selbst nicht versucht haben, als sie nach Bl. ihre Legitimation ausdrücklich nur aus dem — vermeintlichen — Giro H.'s ableiten. Denn die WO., um dieses hier nur kürzlich anzudeuten, erklärt zufolge Art. 36. lediglich denjenigen Wechselinhaber zur Forderung und zur Empfangnahme der Zahlung für genügend legitimirt, welcher durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinunter gehende Reihe von Indossamenten als rechtmäßigen Inhaber sich auszuweisen vermag, und wenn sie auch will, daß bei der desfallsigen Prüfung ausgestrichene Indossamente als nicht geschrieben angesehen werden sollen, so würde man doch offenbar zu weit gehen, wenn man zu Gunsten des Wechselinhabers, der sich auf ein früheres Giro in Blanco stützen wollte, eine, wenn auch an sich nicht völlig verständliche, doch möglicher Weise für die Legitimation des Letzteren präjudicielle Wechselerklärung seines unmittelbaren Vordermannes, so lange sie noch nicht ausgestrichen, ignoriren wollte. Ob aber Kläger auf den Grund des Art. 55. der WO. die H.—'sche Erklärung, zumal dieselbe noch überdies ein Indossament nicht ist, auszustreichen befugt gewesen sein würden, dieses kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls haben sie es nicht gethan und den Wechsel nicht nur mit der H.—'schen Erklärung producirt, sondern auch — was vor allem in Betracht gelangt — ihre Sachlegitimation und beziehungsweise ihren Wechselanspruch eben nur und ausschließlich auf nurgedachte Wechselerklärung, indem sie selbige irriger Weise für ein Giro ausgaben, basirt.

14.

Verfällt der Bezogene in Concurs, so ist die Präsentation 2c. bei dem Cridar, nicht bei dem Curator zu bewirken.

II. Sen.-Erk. vom 25. Aug. 1859 ad no. 212/275. beſſ. J.

Daß die ADWO. es nicht vorschreibt, daß die Präsentation des Wechsels zur Zahlung, wenn der zur Zahlung, sei es als Acceptant oder auf dem Regreßwege Verpflichtete in Concurs verfallen, entweder statt an den Zahlungspflichtigen oder außer an denselben an den Concursvertreter zu erfolgen habe, und also auch diesem gegenüber die Erfolglosigkeit der Präsentation durch Protesterhebung zu constatiren sei, ergiebt sich aus den Worten des Gesetzes und wird von den Betheiligten nicht in Zweifel gezogen. Es hat indessen der Beklagte und zwar unter Beifall schriftstellerischer Autoritäten aus einer Bemerkung in dem über die Berathung der ADWO. abgefaßten Protokolle die Folgerung ableiten wollen, daß es im Sinne des Gesetzes als etwas gewissermaaßen von selbst sich Verstehendes liege, daß die Präsentation zur Zahlung, und dem zu folge auch die Protesterhebung, bei dem Vertreter des Creditwesens des auf dem Wechsel zur Zahlung Verpflichteten zu erfolgen habe.

Allerdings sagt Brauer

Allgem. deutsche Wechselordn. Anmerk. 1. zu §. 91.

„Ist der Verpflichtete fallit, so muß natürlich die Handlung in der Wohnung des Vertreters der Masse vorgenommen werden, (Conf. Prot. p. 163.)"

und Bluntschli

Allgem. deutsche Wechselordn. Anmerk. 2. zu §. 91.

bemerkt:

„Ist das Concurs- oder Gant-Verfahren ausgebrochen, so wird die Präsentation nicht bei dem Cridar, sondern bei dem Curator der Masse zu bewirken sein. (Conf. Prot.)"

Die Stelle des Conferenzprotokolls aber, auf welche von Beiden Bezug genommen wird, und welche die Abfassung des 83. §. des Entwurfs betrifft, lautet S. 163. (Leipziger Ausgabe S. 153.) dahin: „Es ward der Redactionscommission 2c. in Gemäßheit eines desfallsigen Antrags anheim gegeben, ob ein Ausdruck gefunden

werden könne, woraus sich ergebe, daß im Falle eines eingetretenen Concurs- oder Gant-Verfahrens die Präsentation rc. nicht bei dem Cridar, sondern bei dem Curator der Masse zu bewirken sei."

Daß die Redactionscommission diesem Antrage nicht gefügt, ist bereits oben durch Erwähnung des Inhalts der Wechselordnung angedeutet.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Fassung des Berathungsprotokolles bestimmt erkennen läßt, daß der oder die Antragsteller von der Ansicht ausgegangen sein müssen, wie es gar nicht bezweifelt werden könne, daß es der Präsentation des Wechsels zur Zahlung an den Massevertreter bedürfe, denn der Antrag geht nicht auf die Annahme einer dahin abzielenden Bestimmung, sondern nur auf das Finden eines passenden Ausdrucks für dieselbe, die also als existent vorausgesetzt worden sein muß. Eben so zeigt der erstgenannte Schriftsteller durch den Gebrauch des Wortes natürlich, daß er die Präsentation an den Massenvertreter als etwas Selbstverständliches und Nothwendiges anerkenne.

Allein wie sich schon daraus, daß die Redactionscommission im 91. Artikel des Gesetzes dem Antrage keine Berücksichtigung geschenkt hat, obwohl eine Fassung im Sinne des Antragsstellers keine erhebliche Schwierigkeiten geboten haben dürfte, und ebenso aus dem Fehlen einer derartigen Vorschrift bei Bestimmungen, die zu ihrer Erwähnung Gelegenheit geboten haben würden, wie z. B. bei Art. 29. und 41. des Gesetzes, mit größerer Wahrscheinlichkeit abnehmen läßt, daß man eine Verbindlichkeit zur Präsentation des Papieres an den Vertreter der Concursmasse nicht als erforderlich hat bezeichnen wollen, so kann die Nothwendigkeit der Präsentation zur Zahlung an den Vertreter einer Concursmasse und Protestation gegen denselben als durch die Natur des Wechselverkehrs geboten keineswegs betrachtet werden.

Der Zweck der Protesterhebung Mangel Zahlung ist der, nachzuweisen, daß der Inhaber des Wechsels, ungeachtet der Beobachtung der ihm durch den Wechsel selbst vorgeschriebenen Formen, Bezahlung des Wechsels nicht erlangt habe. Welche Formen er zu beobachten habe, muß er aus dem Wechsel selbst zu ermessen im

Stande sein und eben so wenig, als ihm zugemuthet wird, oder werden kann, die bezeichnete Person außer ihrem Geschäftslokale und ihrer Wohnung an dritten Orten aufzusuchen, eben so wenig läßt sich an ihn das Anverlangen stellen, Personen aufzusuchen, welche statt des nach Inhalt des Wechsels zur Zahlung, resp. zur Erklärung Verpflichteten über Annahme oder Honorirung des Papiers sich in verbindlicher Weise auszusprechen vermöchten. Es kommt bei der Aufnahme des Protests Mangel Zahlung nicht darauf an, zu constatiren, aus welchen Gründen nicht gezahlt worden, sondern darauf, die Thatsache festzustellen, daß die Zahlung vom Zahlungspflichtigen nicht erlangt worden sei, nicht darauf, eine Vigilanz nachzuweisen, deren Nothwendigkeit das Papier nicht selbst an die Hand giebt, und deren Erfolglosigkeit noch dazu a priori liquid ist, und die in vielen Fällen sogar unmöglich sein kann. Denn zunächst würde das Anverlangen an den Inhaber, den Protest auch beim Vertreter der Concursmasse zu erheben, Kenntniß vom Ausbruch eines Concurses voraussetzen, die aus dem Wechsel selbst nicht erlangt werden kann und zu welcher zu gelangen dem Präsentanten leicht unmöglich sein kann, wenn der Zahlungspflichtige seine Erklärung, nicht zu zahlen, nicht näher motivirt oder der Protest wegen Abwesenheit des Zahlungspflichtigen erhoben werden muß. Sehr denkbarer Weise ist der Aufenthaltsort des Concursvertreters ein anderer als der Ort, an welchem die Präsentation des Wechsels zur Zahlung zu erfolgen hat; jedenfalls aber nöthigt das Ansinnen der Protestlevirung bei einem Concursvertreter den Inhaber zu Weiterungen, die mit der nöthigen prompten Abwickelung des Wechselverkehrs nicht im Einklange stehn und ist insofern völlig unpraktisch, als die Einrede der Formvernachläßigung, ganz abgesehen davon, daß dabei doch nothwendigerweise auch auf die Wissenschaft des Präsentanten vom Concursausbruche Bezug genommen werden müßte, in sehr vielen Fällen nicht durch die Protesturkunde, häufig sogar überhaupt nicht in continenti liquid zu machen sein würde.

Das OAG. hat sich daher der Ansicht der vorigen Instanz (AG. Dresden) von der Unbeachtlichkeit der Bl. unter 2. und 3. vorgeschützten Einreden anschließen müssen.

15.

Zinsversprechen, — Versprechen der Restitution an sich nicht restituabler Kosten machen den eigenen Wechsel zu einem formwidrigen.

II. Sen.-Erk. vom 30. Septbr. 1859 ad no. 399/389. d. J.

Nach der Ansicht des OAG. führt nicht allein das Zinsversprechen, hinsichtlich dessen die vorige Instanz (AG. Dresden) die gleiche Meinung hegt, sondern auch die Stipulation der Erstattung an sich nicht restituabler Kosten,

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. XVIII. S. 286. Nr. 91.

die Unwirksamkeit des Papiers herbei.

16.

Der Zusatz zum Domicile eines Proprewechsels „und aller Orten" erledigt ersteres.

II. Sen.-Erk. vom 6. Septbr. 1859 ad no. 305/308. d. J.

Nach der Ansicht des OAG.,

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVIII. S. 285. no. 90.

ist durch den dem angeblichen Domicile „Dresden" beigefügten Zusatz „und aller Orten" der Begriff des Domicilwechsels, wie ihn Art. 99. jcto. 24. der WO. aufstellt, vollständig alterirt, indem dieser Zusatz, also die Zusage aller Orten zahlen zu wollen, die Motive ausschließt, aus welcher nach Art. 99. die Protesterhebung zu Erhaltung wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller vorgeschrieben ist, und welche darin besteht, daß dem Aussteller nicht angesonnen werden soll, zur Zahlungszeit an verschiedenen Orten Deckung bereit zu halten.

17.

Bei eigenen Wechseln eines Ehemannes kann das Giro der Ehefrau an sich nicht als formlose Bürgschaft der Letzteren für Ersteren aufgefaßt werden.

II. Sen.-Erk. vom 16. Septbr. 1859 ad no. 358/334. d. J.

Was die Frage betrifft, ob bei eigenen Wechseln des Ehemannes das Giro der Ehefrau unter allen Umständen als eine

formlose Bürgschaft für den Ehemann zu betrachten und schon deshalb effectlos sei; so ist dieselbe von dem OAG. bereits früher,

vergl. Wochenbl. f. merkw. Rf. 1857 S. 73. fg.

verneint worden. Die wechselmäßige Verpflichtung beruht auf dem rein formalen Schriftenvertrag, bei welchem es nicht darauf, ob und welches Schuldverhältniß zwischen den Betheiligten bestanden hat, sondern zunächst auf die Wechselfähigkeit und die strenge Beobachtung der für den Wechselverkehr vorgezeichneten formellen Bestimmungen ankommt.

Obwohl die rein formelle Natur des Wechselvertrags den Einwand, daß unter der äußern Form des letzteren nur eine effectlose eheweibliche Intercession stattgefunden habe, nicht unbedingt ausschließen darf, weil andern Falles die Umgehung einer gesetzlichen, durch die Wechselordnung nicht aufgehobenen Vorschrift sanctionirt werden würde, so kann doch die bloße Möglichkeit einer solchen Intercession weder gegen die gesetzlich anerkannte Wechselfähigkeit der Ehefrauen überhaupt ein wesentliches Bedenken erregen, noch ist bei der Verschiedenheit der Gründe, worauf das Accept oder das Indossament einer Ehefrau bei Wechseln des Ehemannes beruhen kann, das eheliche Verhältniß an und für sich allein geeignet, die Gültigkeit eines solchen Accepts oder Indossaments zu bezweifeln, wenn nicht der Wechsel selbst die Intercession auf andere Weise mit Sicherheit indicirt,

vergl. Conferenzprotokolle p. 8.

Brauer, die allgemeine deutsche Wechselordn. S. 28. fg.

Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 3. S. 132.

Hierbei ist übrigens in Bezug auf das sächsische Recht noch besonders darauf hinzuweisen, daß nach §. 9. des Mandats vom 6. November 1828 die Ehefrau auch aus solchen Geschäften gegen den Gläubiger verpflichtet wird, denen zwar die Absicht einer eheweiblichen Intercession zu Grunde liegt, wobei aber die Bürgschaft nicht in die Augen fällt und auch nicht erwiesen werden kann, daß der Gläubiger davon Kenntniß hat.

18.

Der Mangel in der Prozeßvollmacht des für den Wechselkläger auftretenden Sachwalters bewirkt Unstatthaftigkeit des Verfahrens.

II. Sen.=Erk. vom 9. August 1859 ad no. 270/227. d. J.

Die Klage, wie sie jetzt vorliegt, würde auch schon darum der Abweisung nicht haben entgehen können, weil es zur Zeit in den Acten an dem Nachweise fehlt, daß die in der Aufschrift genannten beiden Kläger alleinige Inhaber der Handlungsfirma Ch. G. B. in M. sind, und so lange dieses nicht geschehen, die Prozeßvollmacht ihres Sachwalters Bl. als mangelhaft sich darstellt. Denn nach §. 32. des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselprozeß vom 7. Juni 1849, wo gesagt ist, daß, wenn der Kläger sich enes Sachwalters bedient, bei Erhebung der Klage zugleich die Vollmacht überreicht werden soll, erscheint, wie dieses aus sehr nahe liegenden Gründen auch füglich nicht anders sein konnte, die Beibringung der Prozeßvollmacht für Anstellung des Wechselverfahrens in der Maaße als präjudiciell, daß der Richter, bevor er letztere geprüft und für zulänglich befunden, mit der Vorladung des Beklagten überhaupt nicht verfahren soll. Hieraus aber rechtfertigt sich von selbst die Folgerung, daß, so lange der Sachwalter Klägers noch nicht, oder, was dem gleichsteht, noch nicht genügend zum Prozeß sich legitimirt hat, dem Wechselverfahren, auch bei sonstiger Statthaftigkeit, Anstand zu geben gewesen wäre.

19.

Aus einem Erkenntnisse im Wechselprozeß kann in der Regel nicht executio in bona gesucht, wohl aber aus ein constitutum debiti proprii enthaltenden Erklärungen des Wechselschuldners im Verhörstermine Executionsprozeß angestellt werden.

II. Sen.=Erk. vom 22. Septbr. 1859 ad no. 557/337. d. J.

Das OAG. hält zwar aus Gründen, welche unter andern in der im

Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1854 S. 55.

abgedruckten Entscheidung ausführlicher entwickelt sich finden, nach wie vor an der Meinung fest, daß das Vollstreckungsverfahren in das Vermögen des Schuldners in Gemäßheit §. 10. fg., verb. mit §. 43. flg. des Gesetzes vom 28. Febr. 1838 auf ein in Gemäßheit des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 im Wechselprocesse gesprochenes Erkenntniß, außer in dem in §. 46. gedachten Gesetzes bezeichneten Falle, wenn gegen denjenigen, welcher die Wechselverbindlichkeit eingegangen, der Wechselarrest nach dem Gesetze unzulässig ist, eben so wenig gegründet werden kann, als auf einen im Wechselprocesse vor dem Proceßrichter selbst abgeschlossenen und daher an sich betrachtet nach Maaßgabe §. 85. des schon angezogenen Executionsgesetzes zu beurtheilenden Vergleich.

Andererseits jedoch geht demselben dagegen, daß ein im Wechselprocesse in legaler Weise aufgenommenes Verhandlungsprotokoll wenigstens dann, wenn in einem solchen selbstständig verpflichtende Erklärungen des Schuldners enthalten sind, wie auch schon am Schlusse der obenangezogenen Entscheidung angedeutet sich findet, als Unterlage für den Executionsproceß in Gemäßheit §. 86. fg. des Executionsgesetzes von dem Gläubiger benutzt werden könne, an und für sich betrachtet, ein Zweifel um deswillen nicht bei, weil das hauptsächlichste Bedenken, welches der Zulässigkeit der Hülfsvollstreckung in das Vermögen des Wechselschuldners aus einer Verurtheilung im Wechselprocesse im Allgemeinen entgegensteht, die Ungewißheit nämlich in Betreff der materiellen Begründung der Forderung des Gläubigers, durch den Hinzutritt eines neuen und selbstständigen civilrechtlichen Verpflichtungsgrundes, welcher in einem constitutum debiti proprii der obenvorausgesetzten Art enthalten ist, vollständig sich erledigt.

Nun hat, soviel den vorliegenden Fall anlangt, besage des Bl. ersichtlichen, auf Vorlesen genehmigten Protokolls, Beklagter im Wechselverhöre am 12. Febr. 1857 den Bl. in Abschrift ersichtlichen Wechsel über 372 Thlr. nicht allein recognoscirt und, wie es daselbst wörtlich heißt, „die geklagte Schuld als richtig eingeräumt", sondern er hat auch, obwohl von ihm unter Hinweisung auf den Verzicht Klägers Bl. die Zulässigkeit des Wechselverfahrens bestritten ward und Klägers Sachwalter selbst

sich dessen beschieden, nichtsdestoweniger das von dem Kläger überreichte Liquidum als richtig anerkannt.

Kann nun dieses Schuldanerkenntniß nach Lage der Sache um so mehr nur der materiellen Verpflichtung gegolten haben, als es, wie gedacht, erfolgte, nachdem klägerischer Seits von Verfolgung des Wechselprocesses für den Augenblick wenigstens abgesehen worden war, und ist dasselbe von dem nach Bl. legitimirten Sachwalter Klägers sofort acceptirt worden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß Beklagter darauf hin allein schon zur Zahlung des nurgedachten Liquidi verbunden ist.

20.

Eigentliche Wechsel, welche nicht die Form einer s. g. Schuldverschreibung mit Wechselclausel haben, eignen sich nicht zu Anstellung des Executionsprocesses.

II. Sen.-Erk. vom 13. Mai 1859 ad no. 820/850 von 1858.

Das OAG. hat der Ansicht der vorigen Instanz (AG. Budissin), daß sich eigentliche, insbesondere trassirte Wechsel zur Anstellung des Executionsprocesses nicht eignen, beipflichten müssen.

Nach den Vorschriften in §§. 3. fg. des Anhanges zur Erl. Proz.-Ordn. findet der Executionsproceß statt, wenn der Kläger „klare Brief und Siegel, oder Instrumenta guarentigiata vor sich und in Händen hat". Als Instrumenta guarentigiata werden in §. 4. solche bezeichnet, daraus alle Umstände, so zu einer condemnatoria in processu executivo nöthig, in continenti zu verificiren, obwohl dazu nach §. 5. nicht für erforderlich erachtet wird, daß in der Urkunde die causa debendi specialis exprimirt sein müsse, weil heutiges Tages auch jedes bloße pactum bereits obligatorisch sei.

Eine Urkunde ist also nur dann als ein documentum guarentigiatum im Sinne der Erl. Proz.-Ordn. zu betrachten, wenn dieselbe entweder diejenigen Thatsachen, durch welche eine in ihrer objectiven Beschaffenheit genau bezeichnete Forderung des Inhabers zur rechtlichen Existenz gelangt ist, oder doch mit gleicher Bestimmtheit ein bündiges Anerkenntniß, oder ein Versprechen der Leistung enthält, welches, abgesehen von dem ursprünglichen Entstehungsgrunde,

schon an und für sich allein als ein nach heutigen Rechtsbegriffen verbindliches pactum betrachtet werden kann.

In einem, wie in dem andern Falle ist aber die Urkunde immer nur ein Beweismittel für bereits bestehende Verpflichtungen des Ausstellers und sie muß nur, soll sie die Anstellung des Executivprocesses rechtfertigen, diese Verpflichtung vollständig bestätigen.

Anders verhält es sich mit dem eigentlichen Wechsel, insbesondere mit trassirten. Die wechselmäßige Verpflichtung beruht hier bekanntlich auf einem rein formalen Schriftenvertrag, bei welchem es also nicht darauf ankommt, ob dem Wechselgeber gegen den Wechselnehmer irgend eine Zahlungsverbindlichkeit aus früheren Vorgängen obliege, sondern ausschließlich darauf, ob die Schrift unter den gesetzlich vorgeschriebenen Formen ausgestellt, acceptirt, weiter begeben worden ist.

In seiner äußeren Erscheinung stellt sich der Wechsel allerdings als eine schriftliche Urkunde dar, wodurch zugleich das Dasein einer wechselmäßigen Verbindlichkeit documentirt wird, und ebendeshalb konnte auch in §. 30. des Gesetzes vom 7. Juni 1849 der Wechselproceß als eine Unterart des Urkundenprocesses bezeichnet werden. Allein der erste und hauptsächliche Zweck der Schrift ist bei dem Wechsel nicht die Erschaffung eines Beweismittels für ein bereits vorhandenes Schuldverhältniß, sondern die Begründung einer Zahlungspflicht und die Schaffung eines für den Verkehr durch Weiterbegebung geeigneten Zahlungsmittels. Der Wechsel ist auch seinem Inhalte und seiner Form nach nicht geeignet, ein Beweismittel für vorhandene Verbindlichkeiten anderer Art zu bilden, und namentlich erhält die Form, in welcher durch Accepte, Bürgschaften, Indossamente, wechselrechtliche Forderungen entstehen und übertragen werden, ihre Bedeutung erst durch das Gesetz, welches diese Bedeutung für den Wechselverkehr und den Wechselproceß feststellt, aber nicht aus dem Wortlaute der Schrift selbst.

Der eigentliche Wechsel kann also nicht als ein zur Anstellung des Executivprocesses geeignetes Document betrachtet werden. Da gleichwohl ein beschleunigtes Prozeßverfahren gegen säumige Wechselschuldner durch die Rücksicht auf den Credit der Wechselbriefe geboten wird, so ist in Anerkennung dieser Nothwendigkeit durch das Gesetz

vom 7. Juni 1849 §. 30. ein besonderes Prozeßverfahren unter dem Namen des Wechselprocesses eingeführt worden, welches nach §. 30. statt finden soll, wenn aus gezogenen oder eigenen Wechseln, oder aus Anweisungen, welchen durch das Gesetz ein Gebrauch als Wechsel beigelegt ist, auf Zahlung, Rembours, oder Cautionsbestellung geklagt wird; die Vorschrift des Gesetzes ist präceptiv, sie ordnet ein bestimmtes Prozeßverfahren für wechselmäßige Verpflichtungen an, es spricht eine Ausdehnung des Executivprocesses auf Wechselbriefe nicht aus und läßt somit auch dem Gläubiger die Anstellung des Wechselprocesses nicht wahlweise nach. Die Bemerkung, daß der Wechselprozeß strenger für den Beklagten, als der Executivproceß sei, kann, selbst ihre Richtigkeit angenommen, den Gläubiger immer nicht berechtigen, eine Prozeßgattung, zu deren Grundlage der Wechsel sich nach den hierüber bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht eignet, zu wählen und von der Form abzuweichen, welche das Gesetz für die prozessualische, mit der Handhabung specieller und eigenthümlicher gesetzlicher Vorschriften verbundene Behandlung wechselmäßiger Ansprüche einmal vorgezeichnet hat.

21.

Aus einem Wechsel, mag solcher formrichtig oder formwidrig sein, kann, insofern er nicht letzteren Falles den Requisiten einer wechselmäßigen Schuldverschreibung entspricht, der Executionsprozeß nicht angestellt werden. — Wirkung der Clausel: Ich stehe für Stempel und Stempelstrafe.

II. Sen.-Erk. vom 2. August 1859 ad no. 81/104.

Die Bl. erhobene Executivklage kann nicht aufrecht erhalten werden. Denn wollte man die Urkunde Bl., welche sich im Uebrigen lediglich als Wechsel charakterisirt, wegen jener (in der Ueberschrift verzeichneten) Clausel nicht als Wechsel auffassen*), so kann sie, wie von dem OAG. in zahlreichen Fällen ausgesprochen worden,

*) Das OAG. erachtet die Clausel: „Ich stehe für Stempel und Stempelstrafe", nicht als eine den sonst formrichtigen Wechsel als solchen beeinträchtigende; vergl. Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XVIII. S. 286. f. no. 91. 92.

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. XVI. Seite 463. Nr. 262. Bd. XVII. Seite 41. Nr. 5. Seite 438. Nr. 195. Seite 479. Nr. 223.,

für den letzteren Fall auch

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1858 Seite 248.

auch nicht als documentum guarentigiatum in dem Sinne des Anhangs der Erl. Proz.-Ordn. §. 3. flg. gelten; wollte man sie dagegen als giltigen eigentlichen Propre wechsel betrachten, so kann wiederum, wie das OAG. auch bereits

z. B. Erkenntniß vom 13. Mai 1859 ad no. 820/850. von 1858 in Sachen P. u. C. ./. M. *)

erkannt und nachgewiesen hat, dieser Wechsel nicht zu Anstellung des Executivprocesses benutzt werden, weil für den Wechselproceß eine gesonderte und in wesentlichen Puncten von dem gewöhnlichen Executivproceß abweichende Abart desselben geordnet ist,

Gesetz vom 7. Juni 1849 §. 30. fg.

insbesondere theils die specifische Wechselsprache nicht für das Civilrecht verständlich gelten kann, theils der Wechsel materiell nicht wie Schuldverschreibung Beweismittel, sondern Verpflichtungsgrund in Bezug auf Wechselobligation ist. **)

---

*) Siehe die vorstehende Nummer 20.

**) Dieselben Sätze wurden ferner ausgesprochen und beziehentlich ausgeführt im II. Sen.-Erk. vom 30. Septbr. 1859 ad no. 399/389. d. J.

IV. Civilproceß.

(Fortsetzung von Heft 4. S. 384.)

70.

Durch den Arrestschlag wird das forum arresti nur unter der Voraussetzung begründet, daß jener rechtmäßig verhängt sei. — Zu Auslegung des Gesetzes vom 26. Oct. 1834 §. VI.

II. Sen.=Erk. vom 27. Septbr. 1859 ad no. 584/366. d. J.

*) Nachdem das OAG., wie aus der gleichzeitig zur Publication zugefertigten Inseratverordnung zu ersehen, auf die wider die Inseratverordnung eingewendete Berufung der Kläger rejectorisch zu sprechen gehabt hat, mußte die Entscheidung der gegenwärtigen Instanz auf das Rechtsmittel der Kläger, beziehentlich aus den dem vorigen Urthel (des AG. Dresden) beigegebenen Gründen, confirmatorisch ausfallen.

Denn daß die Ansicht: es begründe die bloße Thatsache des Arrestschlags, ganz abgesehen davon, ob letzterer gerechtfertigt und

---

*) Kläger, Ausländer, beantragten Arrestschlag auf eine von Beklagten, Ausländern, in Folge eines zwischen ihnen abgeschlossenen Lieferungsvertrages, an deren Spediteur in Dresden abgesendete Waare, und klagten, nachdem der Arrestschlag in erster Instanz bewirkt, in foro arresti auf Auslieferung. Beklagte bestritten die Zulässigkeit des Arrestschlages und demgemäß die Zuständigkeit des forum arresti. Die erste Instanz condemnirte jedoch, indem sie letzteres schon dadurch für begründet erachtete, daß die Klage eingebracht, nachdem sie den Arrest verfügt. Auf Appellation der Beklagten in beiderlei Hinsicht erkannte das AG. Dresden durch Verordnung auf Aufhebung des Arrests, und demzufolge durch Urthel auf Abweisung der Klage „allhier", d. i. in foro arresti. Das OAG. sprach in beiderlei Hinsicht bestätigend. Die Gründe des Urthels sind vorstehend mitgetheilt.

zu Recht beständig oder nicht, angefochten oder nicht angefochten sei, das forum arresti, welche Kläger, obschon ohne irgend zutreffende Gründe, zu vertheidigen sucht, eine unrichtige sei, folgt an sich schon daraus, daß Niemandem durch einfache Resolution, zumal eines Unterrichters, ein Gerichtsstand aufgedrungen werden kann, dem er sich nicht zu unterwerfen verpflichtet ist.

Es findet aber auch diese Ansicht weder in dem gemeinen Rechte, noch in dem sächsischen, noch endlich in der Praxis Beifall.

Denn wie gemeinrechtlich vom forum arresti vor demjenigen Gericht, welches ihn verhängt habe, nur unter der Voraussetzung, daß er rechtmäßig verhängt worden, die Rede ist,

vergl. Bayer Vorträge zu Martin §. 53. (56.) S. 140. der 7. Ausg.

so bezweckt auch das Gesetz vom 6. October 1834 §. VI.: „der Gerichtsstand des Arrestes begründet auch den Gerichtsstand für die Hauptklage", nicht etwa eine Aenderung jenes bis dahin auch in Sachsen ebenmäßig befolgten Grundsatzes, sondern *) lediglich die

---

*) Die Motiven des obgedachten Gesetzes lauten nämlich folgender Maaßen:

VI.

In der älteren sächsischen Proceßordnung tit. 51. §. 1. ist zwischen dem Arrest des gemeinen Rechts, welcher zur Sicherung der Ausführung eines Anspruchs angelegt wird, und dem dem sächsischen Rechte eigenthümlichen Arrest, wodurch ein dingliches Recht an den mit Arrest belegten Gütern erlangt wird, ausdrücklich unterschieden, und in Beziehung auf den ersteren in Uebereinstimmung mit mehrern früheren Reichsgesetzen verordnet, daß in Fällen, wo ein solcher Arrest verstattet wird, man denselben wiederum relaxiren und eröffnen soll, wenn der, wider welchen er erhalten, des Klägers Zusprüche halber genugsame Caution und Versicherung machen würde. Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Vorschriften haben die angesehensten ältern sächsischen Rechtslehrer den Gerichtsstand, bei welchem der Arrest angelegt worden, auch als competenten Gerichtsstand für die Hauptklage anerkannt.

Wernher, Obs. for. P. III. obs. 199.
Berger, Oec. Juris lib. IV. Tit. IV. thes. 2. not. 8.
Hommel, Obs. 584. nr. 15.

In neuerer Zeit ist von einigen Rechtscollegien die Zulässigkeit des Gerichtsstandes des Arrests für die Hauptklage nicht angenommen und behauptet worden, daß durch die in der erläuterten Prozeßordnung ad tit. 48. und 51.

Entscheidung einer ganz anderen, der Bl. bezeichneten, auch gemeinrechtlich,

vergl. Bayer a. a. O.

streitigen Controverse: ob im Allgemeinen der Arrest ein forum begründe?

Landtagsacten von 1833/34 Abth. I. Band III. S. 490. f.

und das OAG. hat in diesem Sinne bereits wiederholt sich ausgesprochen.

vergl. Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. XV. S. 69.

71.

Anwendung der Bestimmung der Leipziger Handelsgerichtsordnung §. 3. — die Competenz betr. — auf Agenten.

II. Sen.-Erk. vom 2. Septbr. 1859 ad no. 137/303. b. Z.

Das OAG. hat die Ansicht beider vorigen Instanzen über die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu billigen nicht umhingekonnt.

Ganz abgesehen davon, daß schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zuständigkeit des forum contractus der Beklagte wegen Ansprüchen, die auf ein von ihm mit den Klägern in Leipzig eingegangenes Vertragsverhältniß sich gründen, da ihm die Klage in Leipzig behändigt werden können, auch in Leipzig Recht zu leiden haben würde, so bedingt die Natur des Geschäfts als eines aus Merkanz herrührenden speciell die Competenz des Handelsgerichts,

---

erfolgte Aufhebung des durch angelegten Arrest begründeten dinglichen Rechts auch ein Gerichtsstand des Arrests gänzlich unzulässig geworden sei. Es haben aber andere Behörden und namentlich das (vormalige) Appellationsgericht dagegen angeführt, daß durch die erläuterte Prozeßordnung nur die Wirkungen des sächsischen Arrestes, nicht aber die des Arrests des gemeinen Rechts aufgehoben worden, und dieshalb fortwährend die Anstellung der Hauptklage vor dem Gerichtsstande des Arrestes zugelassen. Es scheint auch diese Meinung theils in Hinsicht auf die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften, theils aus politischen Gründen den Vorzug zu verdienen, um nicht den Gläubiger in die Nothwendigkeit zu versetzen, bei dem Vorhandensein eines bereits in Beschlag genommenen Executionsobjects den Schuldner erst an einem entfernten Orte ausklagen zu müssen.

und wenn auch die vom Beklagten für Kläger übernommene Function eines Agenten weder der eines Dieners, noch der eines Mäklers allenthalben entspricht, so bietet sie doch mit beiden soviel Analoges, daß auch die im Bezug auf Diener und Mäkler §. 3. der Handelsgerichtsordnung enthaltenen Competenzbestimmungen auf ihn als Agenten anzuwenden ganz unbedenklich fallen mußte.

72.

Normirung der „probabilis litigandi causa" bei Ertheilung des Armenrechts.

II. Sen.-Erk. vom 22. Septbr. 1859 ad no. 308/352. d. J.

Es genügt zur probabilis litigandi causa beim Kläger*), wenn weder aus dem Anführen in der Klage selbst, noch aus anderen actenkundigen Umständen gegen die Richtigkeit des Anspruchs und die Möglichkeit seiner Durchführung ein so erheblicher Zweifel hervorgeht, daß in Folge dessen Verdacht einer Gefährde begründet erscheint.

73.

Zur Lehre von der Ratihabition der Proceß-Handlungen eines nicht oder nicht gehörig legitimirten Sachwalters. — A. Pr. O. Tit. VII. §. 6.; Erl. Pr. O. ad Tit. VII. §. 7.

II. Sen.-Erk. vom 24. Juni 1859 ad no. 217/195.

Die Vorschrift in §. 6. der Proz. Ordn. Tit. IV.: „Trüge sich's auch zu, daß ein Procurator ohne genugsame Vollmacht admittirt wäre und den Proceß continuirt hätte — ꝛc." ist durch die Erl. Proz. Ordn. ad Tit. VII. §. 7. weder aufgehoben noch erweitert, sondern es ist dadurch in gewisser Beziehung die Zulässigkeit der Ratihabition sogar beschränkt worden. Nach dem Wortlaute der

*) Kläger hatte unter Beibringung eines Armuthszeugnisses um das Armenrecht gebeten, auch den Armeneid geleistet. Beklagter bestritt, daß Kläger probabilem litigandi causam im Sinne der Bestimmung der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. I. §. 10. habe. In drei Instanzen wurde das erbetene Armenrecht bewilligt.

alten Proceßordnung nämlich durfte der Constituent die Handlungen des ohne genugsame Vollmacht aufgetretenen Procurator bis zur Definitivsentenz ratihabiren, gleichviel, ob bis dahin gegen diese Ratihabition excipirt worden war oder nicht. Selbst nach der Definitivsentenz war die Ratihabition noch zulässig, wenn nicht inmittelst der Gegner den Mangel der Legitimation gerügt und der ersteren widersprochen hatte. Nach der Bestimmung in §. 7. der E. P. O. ad Tit. VII. soll aber diese ganze Vorschrift der alt. Proz. Ordn. „allein von dem Falle verstanden werden, wenn den defectum legi„timationis weder der Gegentheil, noch der Richter, wie ihme „doch obgelegen, attendiret." Wenn man indessen mit dieser beschränkenden Erläuterung den unmittelbar darauf folgenden Satz des §. 7.: „dahingegen, wenn wegen Mangel der Legitimation in „contumaciam erkannt, oder auch nur derjenige, der durch einen nicht „genugsam legitimirten Gevollmächtigten erschienen, contumaciret wor„den, wenn er zumal an einem fatali sich hierdurch versäumt, die „Ratihabition weiter nicht statt hat" — in Verbindung bringt und erwägt, daß nach dieser Wortfassung die Schlußbestimmung des §. 7. ad lit. VII. der E. P. O. offenbar dazu dienen soll, im Gegensatze zu jenen Anfangsworten, die Fälle aufzuzählen, in welchen die Ratihabition ferner nicht zulässig sein solle, so gelangt man zu der Schlußfolge, daß die nachträgliche Genehmigung dadurch, daß der Mangel der Legitimation bereits im Laufe des Prozesses vom Gegner oder Richter bemerkt worden ist, nicht schlechterdings, sondern eben nur in den, in §. 7. a. E. erwähnten Fällen eines Contumacialerkenntnisses oder einer — durch das Gesetz vom 27. Oct. 1834 — aufgehobenen Ungehorsamsbeschuldigung besonders bei Nothfristen unstatthaft sein solle, also nur dann, wenn das Erkennen dieses Mangels eine rechtliche Folge gehabt und den Richter zur Aussprechung eines solchen Urthels, oder den Gegner zu einer Ungehorsamsbeschuldigung bewogen hat. Dazu kommt, daß die Vorschriften der alten und der E. P. O. Tit. VII. §. 4. und ad Tit. VII. §. 7. sich allem Anscheine nach nur auf den falsus procurator, also den Fall beziehen, wenn gewiß ist, daß die als Procurator aufgetretene Person zur Prozeßführung gar nicht beauftragt worden ist,

Biener, systema proc. §. 42.
während es sich im gegenwärtigen Rechtsstreite nur um die Recognition der gleich Anfangs beigebrachten Vollmacht durch den des Schreibens unkundigen Auftraggeber handelte.

Ferner ist bekannt, daß sich die Praxis in Sachsen schon vorlängst zu der Ansicht geneigt hat, daß selbst in solchen Fällen, wo der Mangel oder die Unvollständigkeit der Legitimation vom Gegner bemerkt und gerügt worden, dennoch nicht leicht in Contumaz zu erkennen, sondern dem betreffenden Procurator, insbesondere wenn er dem Stande der verpflichteten Sachwalter angehört, die Beibringung der Ratihabition, beziehentlich besserer Vollmacht nachzulassen und resp. bei Ordnungsstrafe aufzugeben sei,

Griebner, Discurs zur Erl. Pr. O. ad Tit. VII. §. 7.
Pfotenhauer, doctr. proc. §. 85.

Und wenn auch anfänglich, zu Griebners Zeiten, diese Praxis bei den sächsischen Dicasterien noch nicht allgemein und festbegründet gewesen sein mag, so läßt sich deren Bestehen doch dermalen nicht bezweifeln.

Insbesondere steht es aber mit den angezogenen gesetzlichen Vorschriften durchaus nicht in Widerspruch, wenn der erkennende Richter, sei es nun im Zwischen- oder im Enderkenntnisse, von richterlichen Amtshalber auf Beibringung anderweiter, besserer, oder der noch gänzlich fehlenden Prozeßlegitimation erkennt, im Uebrigen aber in der Hauptsache entscheidet, ohne dem Mangel der Legitimation eine der betreffenden Partei nachtheilige Folge zu geben.

Eine solche Entscheidung bringt, obwohl der Grundsatz gilt: legitimatio ad processum fit judici, dennoch in gewisser Beziehung eine Rechtskraft zwischen den Parteien hervor, insofern nämlich dadurch anerkannt wird, daß der Mangel der Vollmacht kein Versäumniß an befristeten Proceßhandlungen zur Folge haben und die nachträgliche Genehmigung oder die Vervollständigung einer blos mangelhaften oder ungenügenden Proceßvollmacht der Partei noch freistehen solle.

74.

Der im Prozeß unterliegende Kläger kann aus der Qualität als Erbe keine Entschuldigung in Bezug auf muthwillige Streitsucht herleiten.

II. Sen.Erk. vom 20. Oct. 1859 ad no. 433/437 deff. J.

Eben so wenig hat man für den Fall, daß Beklagter das delatum schwört, eine Veranlassung zur Abweichung von der Regel, daß der Unterliegende dem Obsiegenden die Kosten zu erstatten verbunden, als vorhanden anzuerkennen vermocht, da das Verhältniß der Kläger als Erben ihnen keinen Schutz gegen die prozessualischen Folgen einer unrichtigen Sachdarstellung im Klagvorbringen zu gewähren geeignet ist.

L. 42. D. de div. R. J. in f. (L. 17.)

75.

Beklagter ist contumax, wenn er in Bezug auf Thatsachen, bei denen er selbst concurrirt hat, litem „nesciendo“ contestirt.

II. Sen.-Erk. vom 30. Septbr. 1859 ad no. 297/387 d. J.

Daß die Proceßgesetze einem Beklagten nicht verstatten, auf Thatsachen, bei denen er selbst concurrirt hat, sich mit „Nichtwissen“ zu erklären, beruht außer Zweifel,

(argum. P. O. Tit. XVI. verbis „anzeigen, was sie bei dem facto an ihm selbst ꝛc. gestehen oder verneinen und also denen Sachen richtig unter die Augen gehen“. —
Jüngster Reichsabschied von 1654 §. 49.
Mandat vom rechtl. Verfahren bei dem App.-Ger. vom 15. April 1696 §. 14.)

und consequenter Weise kann als Folge der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift nur angenommen werden, daß der Beklagte der betreffenden Puncte für geständig und überführt zu erachten, in welcher Maaße denn auch sowohl das vormalige Landesappellationsgericht, als auch das OGA. constant gesprochen haben.

Zu vergl. Kind qu. for. Tom. III. cap. 40. und unter andern das im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1846 S. 134. mitgetheilte Erkenntniß.

76.

Zur Lehre von der s. g. exceptio plurium litis consortium.

II. Sen.-Erk. vom 3. Juni 1859 ad no. 52/126.

Den Gründen, aus welchen die vorige Instanz (AG. Zwickau) das Suchen der Kläger in der angebrachten Maaße abgewiesen hat, pflichtet man um so mehr bei, als dieselben im Wesentlichen ganz mit der Ansicht übereintreffen, welche das OAG. in einem sehr ähnlichen Falle bereits ausgesprochen und in den Rationen des Seite 506. flg. des Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. vom Jahre 1857 abgedruckten Erkenntnisses ausführlich entwickelt hat.

Nur Folgendes hat man theils über diese Ansicht im Allgemeinen, theils über deren Anwendbarkeit auch für den vorliegenden Fall noch beizufügen gehabt.

Die obenerwähnte Ansicht beruht in ihrem oberen Principe auf dem an sich unbestrittenen Rechtsgrundsatze, daß in allen den Fällen, in welchen ein Recht oder eine Verbindlichkeit gar keine Theilung gestattet, oder ein Theilhaber nicht ohne Zustimmung der übrigen Theilhaber disponiren darf, nur eine gemeinschaftliche Verfolgung Seiten aller Berechtigten und beziehentlich gegen alle Verpflichteten zulässig und deshalb bei der Klage Einzelner oder gegen Einzelne die exceptio plurium litis consortium begründet ist.

l. 31. §. 5. 10. de aed. ed. (21. 1.)
l. 62. §. 1. de evict. (21. 2.)
l. 84. §. 13. D. de leg. I. (30.)

Dieser Grundsatz tritt namentlich auch bei Veräußerungsverträgen ein. Man könnte vielleicht gegen dessen Anwendung auf den vorliegenden Veräußerungsvertrag einwenden, daß die Besitzer und Cedenten der unterirdischen Kohlen und Mineralien keine ihnen gemeinschaftlich zugehörige, im natürlichen Sinne untheilbare Sache, sondern jeder nur die Fossilien, insoweit dieselben Zubehör eines ihm allein zustehenden Grundstücks seien, veräußert habe. Allein dieser Einwand wäre nur scheinbar richtig. Denn es kommt hierbei nicht darauf, ob der Gegenstand einer Leistung ein einzelner und im natürlichen Sinne theilbarer ist, sondern darauf an, ob derselbe in Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß eine Theilung

gestattet, ohne daß dadurch in Bezug auf das Object der Leistung eine willkührliche Veränderung des Vertrags vorgeht.

Eine gleichzeitige Veräußerung mehrerer einzelner Gegenstände an denselben Adquirenten kann ihren Grund in zufälligen Rücksichten haben und so geschehen, daß das Veräußerungsgeschäft in eine Mehrzahl einzelner, selbstständig verfolgbarer Verträge zerfällt. Wenn aber diese einzelnen Gegenstände nach dem erklärten oder präsumtiven Willen der Contrahenten nur in ihrer Vereinigung mit einander als ein zusammengesetztes Ganze und für eine, auf das Ganze berechnete Gegenleistung veräußert worden sind, dann ist nur ein Vertrag und nur ein Object der Veräußerung vorhanden, gleichviel ob bei diesem Vertrage auf der einen, oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Theilnehmern concurrirt. Die Verpflichtung mehrerer Verkäufer ist indeß in diesem Falle der Veräußerung keine eigentliche Correal= oder Solidarobligation. Denn die Erfüllung des Vertrags durch Gewährung des zusammengesetzten Ganzen erfolgt dadurch, daß jeder einzelne seinen Antheil beiträgt. Allein der Zweck des Vertrags und der auf die Gewährung eines Ganzen gerichtete Vertragswille selbst bringt es mit sich, daß alle nach ihren Antheilen den Vertrag erfüllen müssen, wenn der Vertrag so, wie er geschlossen worden ist, auch ausgeführt werden soll. Eben deshalb aber, weil eine solidarische Haft nicht vorhanden und der Eine über das Vermögen des Andern nicht verfügen kann, ist die verweigerte Erfüllung des Vertrags nur durch gemeinschaftliche Klage gegen alle Theilnehmer zu erlangen. Die Untheilbarkeit des Rechts und die Verpflichtung in diesem Sinne ist nicht durch die objective Beschaffenheit der Leistung und ihres Gegenstandes an sich, sondern durch den Willen der Contrahenten begründet.

Wenn ferner das Ganze, welches den Gegenstand des Vertrags bilden soll, erst dadurch hergestellt werden muß, daß eine Mehrheit einzelner Personen zusammentritt, um die einzelnen Bestandtheile desselben zu liefern, so stellen sich bei einer juristischen Analyse des Geschäftes zwei mit einander concurrirende Rechtsverhältnisse dar: ein Rechtsverhältniß zwischen den Verkäufern unter sich und ein Rechtsverhältniß zwischen diesen gemeinschaftlich auf der einen und dem Verkäufer auf der andern Seite.

Das erstere läßt sich ohne besonderes Bedenken unter den Gesichtspunct eines gesellschaftlichen Vertrags subsumiren, sobald die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß die Veräußerung im Ganzen vortheilhafter für jeden Einzelnen ist, als die gesonderte. Denn das Wesen eines Gesellschaftsvertrags besteht eben darin, daß durch vereinigte Kräfte oder vereinigte Mittel ein Vortheil erreicht werden soll, der ohne diese Vereinigung nicht, oder nur in geringerem Maaße erlangt werden könnte. Beide Rechtsverhältniss, die Societät unter den Verkäufern und der Veräußerungsvertrag zwischen den sociis und dem Dritten, stehen aber als Mittel zum Zweck in einer nahen, rechtlichen Beziehung zu einander, und die Contrahenten des letzteren müssen beiderseits den Einfluß anerkennen, welchen das Bestehen eines genossenschaftlichen Verhältnisses auf Seiten der Verkäufer auf die Realisirung des Veräußerungsgeschäfts und die Verfolgbarkeit ihrer Rechte ausübt. Die Verkäufer sind nicht blos gegen den Käufer, sondern als socii auch gegen einander verpflichtet, den Kaufvertrag zu erfüllen und ihre gegenseitigen Rechte nach Maaßgabe der Rechtsgrundsätze zu verfolgen, welche über das Verhältniß der socii unter einander und gegen dritte Personen gelten.

77.

Ein von einer Behörde erst auszustellendes Zeugniß kann nicht als Beweisurkunde mit Erfolg inducirt werden.*)

II. Sen.-Erk. vom 13. Septbr. 1859 ad no. 144/324.

(Bestätigung eines jenen Satz in Hinblick auf die Ausführung in dem Erk. des OAG. — Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. 16. S. 153. — aussprechenden Erkenntnisses des AG. Zwickau.)

---

*) Es kommt nicht selten vor, daß ein Beweisführer zu Bewahrheitung einer Thatsache sich auf ein Zeugniß einer Behörde bezieht, welches von ihm nicht dem Beweise, wenigstens in Abschrift, beigefügt wird, dessen Ausstellung er vielmehr in Folge bei Ueberreichung des Beweises beim Prozeßgericht beantragter Requisition jener Behörde im fernern Verlaufe des Processes erwartet und dieses annoch künftig auszustellende Zeugniß als eine Urkunde erachtet, deren Edition von der betreffenden Behörde verlangt werden könne. — Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein

78.

Grundsätze für Prüfung der Glaubwürdigkeit an sich zulässiger Zeugen, in Bezug auf Sach- und persönliche Interessen.

II. Sen.-Erk. vom 1. Septbr. 1859 ad no. 334/300 d. J.

Fragt es sich, ob der Verdacht gegen einen an sich zulässigen Zeugen ausgesprochen werden könne, daß er aus Egoismus oder Parteinahme absichtlich gegen seine bessere Ueberzeugung ausgesagt habe, so muß man dabei in Erwägung ziehen, daß eine Unwahrheit in der Aussage zugleich eine Verletzung des geleisteten Zeugeneides enthält. Hierauf haben ältere Schriftsteller und auch die frühere Praxis, welche sich die Aufstellung und Abstufung einzelner Verdachtsgründe zur besonderen Aufgabe gemacht, zu wenig Gewicht gelegt. Es mag nicht verkannt werden, daß erfahrungsmäßig die Eidesleistung häufig nicht mit dem Ernste angesehen wird, welcher der Wichtigkeit dieser Handlung in religiöser und politischer Beziehung angemessen ist, und daß namentlich bei umfänglichen Zeugenabhörungen der Gedanke an den geleisteten Eid dem Zeugen nicht immer gegenwärtig bleibt. Allein diese Erfahrung kann den erkennenden Richter im Civilprocesse nicht ohne Weiteres zu der Annahme berechtigen, daß ein an sich unbescholtener Zeuge sich durch Rücksicht auf eigenen Vortheil oder persönliche Zuneigung zu einer wissentlichen Verletzung des geleisteten Zeugeneides bestimmt gefunden haben könnte. Es liegt in der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse, welche auf den menschlichen Willen einwirken können, und in der Verschiedenheit der Individualitäten, daß sich auch hier specielle, für alle Fälle durchgreifende Regeln nicht aufstellen lassen. Es kommt, wie schon das römische Recht

l. 1. 2. 3. D. de testibus (XXII. 1.)

---

solches Verfahren auf einem Mißverständnisse der einschlagenden Prozeßvorschriften — A. u. Erl. Pr.-Ordn. XXIV. §. 1. und ad Tit. XXIV. §. 1. und ad Tit. XXV. §. 1. — beruht, und ist Producent einer solchen, bis zum Ablauf der Beweisfrist nicht von ihm beigebrachten, sondern erst später anzuschaffenden Urkunde für verlustig zu erachten gewesen.

anerkennt, in der Regel auf das pflichtmäßige richterliche Ermessen an, wobei hinsichtlich der Frage, ob dem Zeugen die Verletzung seines Eides zuzutrauen sei, vornemlich auch auf dessen sittliche und geistige Bildung zu sehen ist. Wenn gegen die Sittlichkeit und Unbescholtenheit des Zeugen kein Bedenken obwaltet und ihm die Befähigung, die Bedeutung des Eides und die Folgen des Meineides zu ermessen, nicht abzusprechen ist, so wird sich der erkennende Richter nicht für berechtiget ansehen können, zu glauben, daß schon die Rücksicht auf einen nach Befinden geringen oder problematischen Vortheil den Zeugen zur wissentlichen Entstellung oder Verschweigung der Wahrheit vermocht habe, und am wenigsten würde sich dieser Verdacht begründen lassen, wenn die actenkundigen persönlichen Verhältnisse des Zeugen eine höhere sittliche und geistige Bildung annehmen lassen. Es muß also, wenn der an sich zulässige Zeuge als verdächtig bezeichnet werden soll, ein verhältnißmäßig so erhebliches und so nahe liegendes Interesse des Zeugen erkennbar sein, daß ohnerachtet seiner bisherigen Unbescholtenheit die Möglichkeit, daß die Rücksicht auf den eigenen oder fremden Vortheil die Rücksicht auf den geleisteten Zeugeneid und die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage überwogen haben könne, nicht allzufern liegt.

79.

Der Glaubwürdigkeit eines Zeugen thut es keinen Eintrag, wenn der Beweisführer ihn vor der Benennung um seine Wissenschaft von der Sache befragt hat.

Dasselbe Erkenntniß.

(Des Producten entgegengesetzte Ansicht wurde reprobirt unter Bezugnahme auf ähnliche Entscheidungen des OAG. mitgetheilt in der Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. 14. S. 227., Bd. 15. S. 129.)

80.

Eidesrelation ist über s. g. facta propria des Delaten, wobei der Gegner nicht concurrirt hat, unstatthaft, kann jedoch vom Deferenten genehmigt werden. Das dießfalsige Verbot cessirt übrigens, wenn letzterer Rechtsnachfolger des ursprünglichen Mitcontrahenten des Delaten ist.

II. Sen.-Erk. vom 13. Mai 1859 ad no. 638/750 von 1858.

Nach der von dem OAG. constant befolgten Rechtsansicht,

vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 12. S. 283. Bd. 15. S. 422.

ist die Zurückgabe des angetragenen Eides über s. g. facta propria des Delaten, d. h. über solche Handlungen und Erklärungen, welche von dem letzteren in eigener Person und ohne persönliche Mitwirkung und Concurrenz des Deferenten vorgenommen worden sind, an sich unstatthaft. Hierbei ist jedoch für die Beurtheilung der Frage, ob die Eidesleistung ein factum proprium oder ein factum commune betreffe, nicht der Zeitpunkt der Klaganstellung, sondern der Zeitpunkt als maaßgebend zu betrachten, wo das behauptete factum, die auf den Eid gestellte obligatorische Thatsache, sich zugetragen haben soll.

Es kommt also lediglich darauf an, ob die damals einander als Parteien gegenüber gestandenen Personen persönlich miteinander contrahirt oder verhandelt haben.

Denn das als Regel bestehende Befugniß dessen, dem der Eid deferirt ist, den Eid nach seiner Wahl entweder zur Ableistung anzunehmen oder zurückzugeben, folgt aus dem Principe der Gleichheit der Parteirechte, welche ohne zureichende Gründe nicht aufgehoben oder beschränkt werden darf.

Der Satz, daß ausnahmsweise die Zurückgabe des angetragenen Eides über facta propria des Delaten nicht — wenigstens nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Deferenten — erfolgen dürfe, beruht allerdings auf der Erwägung, daß in Fällen dieser Art dem Delaten die beste Wissenschaft von der Sache beiwohnen müsse, und auf diese Weise die Leistung eines objectiv wahrheitswidrigen Eides am sichersten vermieden werden könne.

Allein so wichtig auch diese Rücksicht ist, so kann sie doch nicht unbedingt maaßgebend werden und zu der Annahme führen, daß die Zurückgabe des angetragenen Eides in allen Fällen unzulässig sei, wo der Deferent nur nach Glauben und Dafürhalten, der Delat aber de veritate schwören könne. Denn an sich ist nach Sächsischen Proceßrechten die Leistung eines Glaubenseides über Thatsachen, bei welchen der Schwörende nicht persönlich concurrirt hat, nicht unstatthaft, und es ist bekannt, daß selbst in solchen Fällen, wo nach Obigem die Zurückgabe des Eides über eine eigene Handlung des Delaten an sich unzulässig ist, die Leistung des angetragenen Eides durch den Deferenten erfolgt, wenn sich dieser mit der Zurückgabe einverstanden und zu Leistung des zurückgegebenen Eides bereit erklärt hat. Eine Beschränkung des Delaten in der ihm an sich gebührenden Wahl zwischen der Annahme und der Zurückgabe des angetragenen Eides ist vollkommen gerechtfertigt, wenn sie schon durch die Beschaffenheit des fraglichen Rechtsverhältnisses bei seiner Entstehung bedingt ist; es würde aber zu weit führen, wenn dieselbe auch durch einen, ohne alle Mitwirkung des Delaten zufällig eingetretenen, vielleicht sogar absichtlich herbeigeführten Wechsel in der Person des einen Betheiligten begründet werden sollte.

81.

Abgesehen von dem Falle eines Correalverhältnisses kann, wenn mehrere Personen als Prozeßpartei den Eid antragen und der Gegner einzelnen gegenüber den Eid zurückgiebt, gleichzeitig auf das relatum und delatum erkannt werden.

Dasselbe Erkenntniß.

Hiergegen*) ist zwar bemerkt worden, daß auf diese Weise zwei, einander geradezu entgegenstehende Eide geleistet werden würden, von denen der eine objectiv gegen die Wahrheit verstoßen müsse.

*) D. i. gegen den Ausspruch, daß hinsichtlich desselben Facti einzelne Mitkläger das relatum, gleichzeitig aber Beklagter anderen gegenüber das delatum schwören solle.

Allein diesem Uebelstande hat ein entscheidendes Gewicht bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Eidesrelation zulässig sei, nicht beigelegt werden können. Auch im Prozesse gilt die Regel, daß die Handlungen und Erklärungen des Einen den Rechten des Anderen nicht präjudiciren können,

l. 74. D. de regulis juris, 50. 17.

l. 63. D. de re judic., 42. 1.

Tit. Cod. inter alios acta etc., 7. 60.

Ein Correalverhältniß, vermöge dessen der Eidesantrag des einen correus stipulandi in seinen rechtlichen Folgen auch den übrigen correis gegenüber schaden könnte,

l. 28. pr. D. de jurejur., 12. 2.

findet zwischen den Mitklägern und den Klägern nicht statt. Der Anspruch ihres Erblassers gegen Beklagten ist ein völlig selbstständiger und der Summe nach abgegrenzter, welcher mit den gleichartigen Ansprüchen des Klägers no. 1. und des Erblassers der Kläger no. 2. und 3. nur den gemeinschaftlichen Berührungspunkt hat, daß beide auf denselben Thatsachen beruhen. In dieser Beziehung lassen sich die Kläger und die Mitkläger als Streitgenossen im vorliegenden Processe betrachten; allein ihr gemeinschaftliches Auftreten und ihr Litisconsortium in diesem Processe hat nicht zur Folge, daß die besonderen Rechte und Verpflichtungen des einen dadurch beseitigt oder beschränkt werden dürften, daß den übrigen den obwaltenden Verhältnissen zufolge eine gleiche Berechtigung nicht zusteht; sowie denn auch andererseits durch diese gemeinschaftliche Rechtsverfolgung dem Beklagten das ihm gegen die Kläger zustehende Wahlrecht — wegen Acceptation oder Relation des ihm deferirten Eides — nicht deshalb entzogen werden kann, weil ihm ein gleiches Befugniß gegen die Mitkläger nicht zukommt.

Der oben erwähnte Uebelstand kann daher nur dazu führen, daß bei eintretender Eidesleistung die Betheiligten alles Ernstes darüber mit sich zu Rathe zu gehen haben, ob sie die ihnen auferlegten Eide mit unverletztem Gewissen zu schwören im Stande sind.

82.

Ist eine Klage an sich unschlüssig, gleichwohl aber rechtskräftig auf Entbindung von derselben in vorausgesetzter Leistung eines in Betreff zweier Thatsachen cumulativ gefaßten delati gesprochen, so kann in dem Falle der Nichtleistung dieses Eides oder auch nur eines Theiles desselben Seiten des Beklagten nicht nachträglich auf Abweisung der Klage, sondern nur condemnatorisch erkannt werden.

II. Sen.-Erk. vom 4. Mai 1859 ad no. 733/842 von 1858.

Es mag nicht verkannt werden, daß die Entscheidung Bl. eine unrichtige war. Allein sie ist gegen Beklagten in Rechtskraft übergegangen und bildet demnach die Basis der ferneren rechtlichen Beurtheilung der Sachlage. Hiernach mußte Beklagter, um Absolutoria zu erlangen, den zwei Thatsachen cumulativ enthaltenden Eid II ständig schwören.

Zu dem ist Bl. anderweit wider Beklagten rechtskräftig erkannt, daß seine Anträge auf Eidesabänderung unstatthaft seien. Beklagter erklärte den ersten Theil des Eides nicht leisten zu können, wogegen er zu Leistung des zweiten Theiles gelassen zu werden verlangte. Das Gericht beraumte Inrotulationstermin an, um über die Folgen dieser Erklärung rechtliches Erkenntniß herbeizuführen.

Daß nun solches dahin auszufallen hatte, daß Beklagter zu der Eidesleistung überhaupt gar nicht mehr zu lassen, demgemäß aber nunmehr condemnatorisch zu sprechen gewesen, kann nach dem, was die erste Instanz in ersterer Beziehung, ebenso wie die zweite, bemerkt hat, ebensowenig zweifelhaft sein, als daß der Versuch der ersten Instanz, das materielle Recht durch eine nachträgliche Abweisung in der angebrachten Maaße gegen die Rechtskraft des ersten Bescheides zur Geltung zu bringen, ein nicht zu billigender ist.

Was Beklagter diesfalls, beziehentlich gegen die Entscheidung zweiter Instanz bemerkt, ist unerheblich. Darauf, ob man das, was die letztere als stillschweigendes Einverständniß der Parteien bezüglich der rechtlichen Beurtheilung des in dem ersten Verfahren zur Sprache gebrachten Sachverhältnisses bezeichnet, so, oder vielleicht als logische Consequenz der Rechtskraft bezeichnen will, kommt

etwas nicht an. Der Gegensatz der von einer Eidesleistung bedingten Absolutoria ist für den Fall der Nichtleistung nur condemnatoria, nicht aber Abweisung in der angebrachten Maaße, weil, dürfte auch in concreto angenommen werden, daß hierzu Veranlassung vorgelegen habe, diese Abweisung statt der bedingten Absolutoria auszusprechen gewesen wäre.

Darauf, ob der Richter erster Instanz bei Abfassung des Bescheides etwas anderes gedacht habe, kommt eben so wenig, als darauf, welches hierunter Beklagtens Ansicht gewesen, Etwas an, da lediglich die Worte des Bescheides maaßgebend sind, diese aber zu einer anderen Auffassung, als zu der der vorigen Instanz, nicht führen.

Die Bl. angezogene Meinung Kind's (quaest. for. III. p. 384. ed. 2.) berührt, abgesehen davon, ob sie Billigung verdient, gar nicht den vorliegenden Fall, weil dort von einer Abweisung der Klage nach geführtem Beweise, hier aber von der Auslegung einer Definitive die Rede ist.

Ebenso ist die Bezugnahme auf die Vorschrift der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. V. §. 4. eine unpassende, weil, so dunkel diese Stelle an sich, doch so viel klar ist, daß sie, außer soweit sie disponirt, daß, wie das Marginale sagt: „Wenn die exc. inepti „aut obscuri libelli einmal übergangen, ist solche hernach weiter nicht „zu attendiren" und insoweit gegen Beklagten spricht, auf einen Fall der vorliegenden Art Bezügliches nach constanter Spruchpraxis nicht enthält.

Vergl. Griebner, Discurs ad h. l. und dazu
Küstner, in der Note 36. S. 94.

83.

Zur Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe.*) Unbeachtlichkeit der letzteren, wenn sie mit der Entscheidung selbst nicht harmoniren.

II. Sen.-Erk. vom 23. August 1859 ad no. 160/257.

Der Auffassung der vorigen Instanz (AG. Dresden) ist im Wesentlichen beizutreten gewesen.

*) Vergl. v. Savigny, System rc. Bd. VI. S. 350. f. insbesondere auch S. 394.

Von einer durch die Entscheidung der ersten Instanz begründeten Rechtskraft dafür, daß die angestellte Klage als actio doli in der angebrachten Maaße unstatthaft zu erachten, kann nach der vorliegenden Sachgestaltung auch nach der Ansicht des OAG. nicht die Rede sein. So richtig es auch an sich ist, daß Entscheidungsgründe insoweit, als sie decisive, die nothwendige Unterlage für den im Urthel selbst enthaltenen Ausspruch bildende Sätze enthalten, der Rechtskraft fähig und mit dem Erkenntnisse zugleich in Rechtskraft übergehend betrachtet werden müssen,

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw., N. F. Band 6. Seite 201. flg.

so vorsichtig muß man doch im concreten Falle bei Prüfung der Frage sein, ob eine im motivirenden Theile eines Erkenntnisses vorkommende Aufstellung oder ausgesprochene Meinungsäußerung auch wirklich von decisiver Beschaffenheit im obigen Sinne sei, und man wird dies jedenfalls dann nicht anzunehmen berechtigt sein, wenn sich der dispositive Theil des Urthels — die eigentliche Entscheidung — nicht als die unmittelbare und andere Gründe ausschließende Consequenz oder Durchführung eines solchen bei der Motivirung ausgesprochenen Satzes darstellt, vielmehr so beschaffen ist, daß man nicht annehmen kann, der Richter habe dabei den durchgreifenden Einfluß des betreffenden, in dem motivirenden Theile seiner Entscheidung aufgestellten Satzes zur Anerkennung bringen wollen und auf selbigen allein seinen Ausspruch gegründet. Allen zu Begründung der Entscheidung, wie sich solche in ihrem dispositiven Theile ausspricht, nach den Regeln der Logik nicht unbedingt nothwendigen Vordersätzen ist daher die decisive Eigenschaft und somit die Fähigkeit, Rechtskraft zu erlangen, abzusprechen, und bei Festhaltung dieses Grundsatzes wird man auch nicht leicht bei Beurtheilung der Frage irren können, in welchen Fällen für die eine oder andere Partei die Nothwendigkeit eintritt, sich durch Einwendung eines Rechtsmittels gegen die Folgen eines zu ihrem Nachtheile aufgestellten Entscheidungsgrundes zu sichern. Offenbar wird eine solche Nothwendigkeit dann nicht vorhanden sein, wenn in der eigentlichen Entscheidung der Nachtheil gegen die betreffende Partei nicht ausgesprochen worden ist, welcher an sich aus dem ihr ungünstigen Entscheidungsgrunde gefolgt sein würde, z. B. die in den Ent-

scheidungsgründen als unschlüssig bezeichnete Klage dennoch nicht angebrachter Maaßen abgewiesen, sondern aufrecht erhalten worden ist; und der von der anderen Partei angerufene höhere Richter kann, wenn er der entgegengesetzten Ansicht ist, z. B. den in der unteren Instanz für die Unschlüssigkeit der demungeachtet unabgewiesen gebliebenen Klage angeführten Grund nicht theilt, aus dem bloßen Unterlassen der Einwendung eines Rechtsmittels gegen den dem Appellaten nachtheiligen Passus in der Motivirung der vorigen Entscheidung mit Recht keinen Grund entnehmen, seine Cognition nunmehr lediglich auf die Frage, ob die dem Appellaten in anderer Hinsicht wieder günstige Auffassung des vorigen Richters richtig sei oder nicht, beschränkt, den ihm unrichtig scheinenden und dem Appellaten zum Nachtheil gereichenden Entscheidungsgrund aber als durch eingetretene Rechtskraft außer seinen Bereich gestellt erachten.

Daß nun aber im gegenwärtigen Falle die im Erkenntnisse der ersten Instanz eingeflossene Bemerkung über die Mängel des klägerischen Vorbringens als actio doli — ganz abgesehen hier von deren nachgewiesener Actenwidrigkeit — keineswegs als ein zu Begründung der eigentlichen Decisive nothwendiger Vordersatz sich darstellt, wird von der Klägerin selbst nicht bestritten. Dieselbe behauptet vielmehr nur, daß man darin eine selbstständige Entscheidung zu erblicken habe, insofern die Klage von der ersten Instanz als auf einem doppelten Grunde beruhend betrachtet worden sei. In dieser Hinsicht steht ihr jedoch die Form der Entscheidung ebenso wie der Umstand entgegen, daß der Klaginhalt selbst zu einer Sonderung nach zwei verschiedenen Klaggründen keine ausreichende Veranlassung bot, eine solche Sonderung auch, wie von der vorigen Instanz mit Recht bemerkt worden, bei der Entscheidung der ersten Instanz nicht consequent durchgeführt worden ist, indem die Behauptung der Nichtzahlung des geklagten Schuldrestes, welche der ersten Instanz durchgreifend erschienen, zugleich mit eine nothwendige factische Voraussetzung des dolus bildet. Es hat daher in alle Wege der vorliegende Rechtsfall nicht die Gestaltung, daß der Klägerin aus der Nichteinwendung eines Rechtsmittels gegen die obengedachte Bemerkung der ersten Instanz über die Unzureichenheit des thatsächlichen Anführens in der Klage zu deren Begründung als

actio doli ein Nachtheil erwachsen und eine dieserhalb ihr entgegenstehende Rechtskraft angenommen werden konnte.

84.

„Appellationen gegen das Erkenntniß zweiter Instanz, „welche blos den Kostenpunct betreffen sind nach „§. 1. sub b. des Gesetzes vom 13. Januar 1838 „unstatthaft."

II. Sen.-Erk. vom 8. Septbr. 1859 ad no. 209/318. d. J.

(Vorstehende Auslegung des durch die Fassung zu Zweifeln Anlaß gebenden angezogenen Gesetzes beruht auf Thesis des OAG.)

85.

Actienvereine genießen als solche nicht das beneficium restitutionis in integrum.

II. Sen.-Erk. vom 13. Septbr. 1859 ad no. 144/324. d. J.

Daß Actienvereinen als solchen, wenn ihnen und ihren Statuten auch die Bestätigung der betreffenden Verwaltungsbehörde zu Theil geworden, ein Anspruch auf die restitutio in integrum nicht zusteht, ist von der vorigen Instanz bereits ganz mit Recht bemerkt und ein Satz, welcher auch von dem OAG. zeither constant beim Rechtsprechen festgehalten worden. Das von den Klägern angezogene Rescript vom 17. Juli 1794 kann um so weniger entgegengehalten werden, je weniger zwischen den an sich nach den Grundsätzen von der Societät zu beurtheilenden Actienvereinen, auch wenn sie bestätigt sind, und den im gedachten Rescripte angeführten „erlaubten Collegien" der Natur der Sache nach eine Analogie sich aufstellen läßt.

86.

Wegen Versehens des Sachwalters, welches aus einer unrichtigen Rechtsansicht hervorgegangen ist, kann restitutio in integrum nicht erlangt werden.*)

Dasselbe Erkenntniß.

Den Producenten steht entgegen, daß es sich vorliegend keineswegs um einen eigentlichen Contumazfall, um die Versäumniß an einer Nothfrist, handelt, sondern, daß vielmehr ein Verfahren ihres damaligen Sachwalters in Frage steht, welches aus einer unrichtigen Rechtsansicht hervorgegangen ist, indem derselbe offenbar es nicht für nöthig erachtet hat, die betreffenden Zeugnisse und resp. vidimirte Abschrift vor Einreichung des Beweises oder wenigstens vor Eintritt des Productionstermins sich zu verschaffen, sondern irrigerweise mit dem Editionsgesuche und bezüglich dem Antrage auf Ausfertigung im Productionstermine der Sache Gnüge gethan zu haben glaubte. Wegen derartiger Versehen des Sachwalters kann aber nach der von dem OAG. in neuerer Zeit constant befolgten Ansicht,

vergl. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Band 13. S. 327. fg. und 18. S. 128. fg.

Restitution nicht ertheilt werden, vielmehr hat die Partei den hierdurch etwa ihr entstehenden Schaden als eine Folge der Wahl ihres Bevollmächtigten selbst zu übertragen.

87.

Requisite vidimirter Copien zu Anstellung des Executionsprozesses.

II. Sen.-Erk. vom 3. Juni 1859 ad no. 98/135.

Das Gesetz vom 28. Februar 1838, indem es in §. 86. den bis dahin in Sächsischen Landen üblichen Executionsproceß, welcher

*) Derselbe Satz wurde in dem Falle, wo ein Sachwalter die Einlassung fehlerhaft bewirkt und die Partei mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine causa incertae aestimationis handele, Restitution gegen das Versehen des Ersteren gebeten, ausgesprochen mittelst II. Sen.-Erk. v. 30. Septbr. 1859 ad no. 297/387 d. J.

ohne vorgängiges Erkenntniß aus öffentlichen, das Anerkenntniß nicht bedürfenden Urkunden zugelassen wurde, aufrecht erhalten hat, erfordert im Allgemeinen in Ansehung solcher öffentlichen Urkunden nur soviel, daß aus ihnen der Grund des Anspruchs vollständig erhellen müsse, welchenfalles es insonderheit auch zwischen, von dem Prozeßrichter selbst abgefaßten Urkunden und solchen, welche von einem andern Gerichte ausgegangen, keinen Unterschied macht. Wie nun hierbei keineswegs nur von Originalien die Rede ist, so unterliegt es zwar, da Abschriften gerichtlicher Urkunden, die dasselbe Gericht vidimirt hat, von welchem die betreffenden Originalien herrühren (copiae in forma probante), in Ansehung ihrer Beweiskraft den Originalurkunden völlig gleichstehen,

Biener, syst. proc. §. 149. not. 8. §. 247. not. 3.

Kori, über den Executivproceß ꝛc §. 7. not. 35.

an sich keinem erheblichen Zweifel, daß gerichtlich beglaubigte Copien der so eben bezeichneten Art in der Regel als Unterlagen für den Executionsproceß benutzt werden können, und das OAG. hat solches wiederholt ausgesprochen,

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Band 13. S. 434.

woraus weiter folgt, daß es im Wesentlichen keinen Unterschied macht, ob die dem Executionsprocesse zu Grunde liegende beglaubigte Abschrift von dem Gerichte, von welchem das Original herrührt, unmittelbar nach dem Letzteren selbst, oder erst nach einem von eben demselben Gerichte beglaubigten Transsumte vidimirt worden ist. Allein damit eine gerichtlich beglaubigte Abschrift in der vorangegebenen Bezeichnung benutzt werden könne, muß die Beglaubigung selbst, wie von selbst einleuchtet, in völlig formgerechter Weise abgefaßt sein, indem Copien nur unter dieser Voraussetzung, andererseits aber nicht, den Originalien gleichgeachtet werden können.*)

Da nun in dem vorliegenden Falle die der Klage Bl. zu Grunde liegenden beglaubigten Abschriften den vorstehenden Erfordernissen insofern nicht entsprechen, als dieselben nicht unmittelbar nach den betreffenden Originalien, sondern erst nach einer von dem

---

*) Dieselben Grundsätze wurden ausgesprochen in dem II. Sen.-Erk. vom 23. Juni 1859 ad no. 162/179.

vormaligen Landgericht zu D. in den beiliegenden L. Grund-Acten zu fol. 1. Bl. befindlichen beglaubigten Copie vidimirt worden sind, nun aber die a. a. O. enthaltene Vidimationsbemerkung vom 15. Novbr. 1854 als mangelhaft sich darstellt, so kann man es nur billigen, wenn die vorige Instanz nurgedachte Urkunde, wie sie der Klage zu Grunde lag, als ungeeignet für den Executionsproceß angesehen hat.

88.

Erfordernisse der Executionsklage des Legatars gegen den Testamentserben.

II. Sen.-Erk. vom 23. Juni 1859 ad no. 162/179.

Was die Frage betrifft, ob der Executionsprozeß aus den beigebrachten letztwilligen Verfügungen habe angestellt werden können, so hat das OAG. bereits in der Bl. der Acten Nr. 81. Lit. B. in Sachen König ꝛc. ⁒ Biehl ꝛc. zu lesenden Verordnung des III. Senats die Zulässigkeit desselben anerkannt. Diese Ansicht hat man auch bei der gegenwärtigen Entscheidung gebilligt.

Die ältesten sächsischen Gesetze, welche eine beschleunigte Rechtshülfe anordnen, wenn der Gläubiger seine Forderung mit geeigneten Urkunden nachzuweisen vermag, sprechen dabei allerdings von „unleugbaren und unverfälschten Briefen und Siegeln, die keine „unehrliche Zusage in sich enthalten und denen vorsätzlich und „ohne Ursache nicht nachgekommen worden", oder „von klaren „Brief und Siegeln", ferner „von Exceptionen, welche ex natura „contractus ihren Ursprung haben",

vergl. Landesordn. vom 1. Oct. 1555 (C. A. I. pag. 52.),
Torgauer Ausschr. vom 8. Mai 1583, Titel: vom Wucher (C. A. I. p. 141. fg.),
Erledig. der Landesgebrechen vom 23. April 1612, Tit. von Justitiensachen §. 19. (Cod. A. Tom. I. p. 179.),

sie betreffen also zunächst und vornehmlich solche Fälle, wo die beigebrachten Urkunden ein bestimmtes Zahlungsversprechen oder, wie dieß später im Anh. z. Erl. Pr. O. §. 5. ausdrücklich bemerkt ist, ein klares und unumwundenes Anerkenntniß des Ausstellers enthalten. Allein so wie sich schon aus einigen jener älteren Gesetze,

z. B. der Landesordn. vom 23. April 1612, welche der exceptio non secuti implementi als einer solchen die ex natura contractus (— nämlich des nach der producirten Urkunde abgeschlossenen Vertrags —) fließe, gedenkt, entnehmen läßt, und in der Erl. Pr. O. Anhang §. 3. noch bestimmter ausgesprochen ist, daß der Urkundenproceß auch aus Urkunden über zweiseitige Verträge nicht ausgeschlossen sein solle: so hat sich auch die sächsische Praxis von jeher für eine Erweiterung des Executiv- und bez. Executionsprocesses entschieden und dabei mehr darauf, ob die den Anspruch den bestehenden Rechten und Gesetzen nach begründenden Thatsachen durch die beigefügten Urkunden allenthalben dargethan werden, als auf die besondere rechtliche Qualität dieses Anspruchs Gewicht gelegt.

Dieser Gesichtspunct tritt übrigens schon aus der Definition der documenta guarentigiata in §. 4. des Anh. z. Erl. Pr. O. und namentlich aus dem Executionsgesetz vom 28. Febr. 1838 hervor. Das letztere bestimmt, daß der bisher in sächsischen Landen übliche Executionsproceß aus öffentlichen, des Anerkenntnisses nicht bedürfenden Urkunden auch fernerhin angewendet werden soll, sofern der Grund des Anspruchs daraus vollständig erhellt. Nun mag zwar die Zulässigkeit des Executionsprocesses in solchen Fällen, wo es sich um die rechtliche Verfolgung eines unmittelbar auf gesetzlichen Vorschriften beruhenden, also eines auch ohne Dazwischenkunft einer obligatorischen Willenserklärung des Schuldners schon durch das Gesetz selbst anerkannten Anspruchs handelt, nicht unerheblichen Bedenken unterliegen, wenn man berücksichtigt, daß im Executionsprocesse ein tieferes Eingehen auf bestrittene Rechtsverhältnisse unstatthaft ist und alles nur auf die sofort aus der Urkunde hervortretende Liquidität und Vollstreckbarkeit der Forderung ankommt,

vergl. Siebenhaar in der Zeitschr. für Rechtspflege u. Verw. N. F. 13. S. 490.

Dergleichen Bedenken finden aber nicht statt bei dem Anspruche eines Legatar auf Bezahlung des in einem schriftlich errichteten Testamente ausgesetzten Legates, wenn dieses Testament von den Erben anerkannt und der Nachlaß angetreten, bez. für angetreten zu erachten ist, und nicht blos das Testament, sondern auch der urkundliche Nachweis über dessen Agnition und den Nachlaßantritt

vorliegt. Es beruht der Anspruch des Legatar nicht mittelbar auf einer gesetzlichen Vorschrift, sondern zunächst auf einer Willensverfügung des Testator, deren rechtliche Wirksamkeit nur, wie die Geltung eines Vertrags, durch die bestehenden Gesetze anerkannt wird. Bekanntlich entsteht durch den Antritt des Nachlasses nach dem Testamente zwischen dem onerirten Erben und dem Legatar ein persönliches Rechtsverhältniß, welches nach Römischen Ansichten eine contractähnliche Verpflichtung des Erben und auf Seiten des Legatar eine persönliche Klage auf Gewährung des Legates gegen den Erben begründet,

§. 5. J. de oblig. quae quasi ex contract. 3. 27.

Ist also die letztwillige Verfügung selbst, in welcher das Legat ausgesetzt worden, und die Erbschaftsantretung durch öffentliche Urkunden vollständig erweisbar und ebenso in Liquidität zu setzen, daß das Legat von dem Legatar erworben und bez. auf seine Erben transmittirt worden ist, so scheint nach der oben angeführten Stelle des Executionsgesetzes die Anstellung des Executionsprocesses als gerechtfertiget, denn es sind alle Thatsachen liquid, welche den Anspruch des Legatar gegen den Erben erzeugen. Auch ist der Executionsproceß in diesen Fällen schon früher von der sächsischen Praxis zugelassen worden,

Biener, syst. process. §. 244. observ.
Kind, quaest. T. 1. c. 51.
Hommel, obs. 4.

89.

Die Executionsauflage in Gemäßheit §. 86. f. des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838 an mehrere Mitbeklagte kann in patentarischer Form erfolgen. — Es ist kein essentieller Mangel dieser Auflage an mehrere beklagte Miterben, wenn für solche nicht Specialliquida, sondern nur ein Gesammtliquidum ausgeworfen ist, dafern die Theile sich von selbst ergeben. Ebenso kann der Mangel des Beisatzes „aus dem Nachlasse" später sanirt werden.

Dasselbe Erkenntniß.

Ohne das Gewicht der Gründe zu verkennen, aus denen die vorige Instanz die Bl. — erlassene Zahlungsauflage für ungiltig

erachtet hat, sind doch die an derselben gerügten Mängel in gegenwärtiger Instanz nicht für so erheblich erachtet worden, daß in dessen Folge zur Aufhebung des gesammten Verfahrens zu gelangen wäre.

Was nämlich

a) die patentarische Form der Zahlungsauflage betrifft, so kann dieselbe vielleicht als minder zweckmäßig, aber mit Berücksichtigung der in §. 2. ad Tit. IV. der Erl. Pr. Ordn. enthaltenen Vorschrift nicht für unzuläßig erachtet werden. Nach dieser Vorschrift sollen Hüfner, Cossäten, Handfröhner und andere Consorten, welche pro universitate nicht geachtet werden, durch einen Umlauf citirt und vorgeladen, auch auf jedem Dorf oder Ort davon eine Abschrift zurückgelassen werden. Bei der Allgemeinheit des Ausdrucks „und andere Consorten" liegt kein ausreichender Grund vor, die Zulässigkeit der patentarischen Citation auf die s. g. litis consortes juris zu beschränken, sowie denn auch in Bezug auf diese Modalität der Citation ein wesentlicher Unterschied in dem Verhältnisse solcher Litisconsorten zu dem Verhältnisse der s. g. litis consortes facti nicht besteht. Die weitere Bestimmung in §. 3. ib. „wie aber was vorstehend wegen der Hüfner, Cossäten, Handfröhner und mehrere Litisconsorten verordnet, allein von dem ersten Termine zu verstehen, also sind hingegen dieselben der folgenden Termine halber einen Procuratorem zu Annehmung der Citation zu bestellen verbunden" rc. ist nicht so zu verstehen, als wenn eine patentarische Ladung im weiteren Fortgange des Prozesses schlechthin unzuläßig wäre. Vielmehr besteht der Zweck dieser Bestimmung augenscheinlich darin, die Weiterungen einer an mehrere Personen zu richtenden patentarischen Ladung zu vermeiden. Allein diese Weiterungen und Kosten würden sich nur mehren, wenn, anstatt eines Umlaufes, gesonderte Citationen an jeden einzelnen Consorten erlassen werden müßten. Die Erl. Pr. O. schreibt auch ad fin. §. 3. ausdrücklich vor, daß die Insinuation nicht an die Procuratoren, Actoren und und Advocaten erfolgen soll, wenn sie den Principalen selbst mit wenigern Kosten geschehen könne, ohne dabei die §. 2. vorgezeichnete patentarische Form zu reprobiren.

Das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 enthält über die äußere Form der im Executionsprocesse nach §. 86. 89. ff. zu

erlassenden Verfügung keine besondern Vorschriften, steht also insoweit der Anwendbarkeit der in §. 2. ad Tit. IV. der Erl. P. O. erwähnten Vorladung durch Umlauf auf die Hilfsauflage im Executionsprocesse nicht entgegen. Es ist wohl zuzugeben, daß diese Stelle der Erl. Pr. O. zunächst auf die Ladung zum ersten Termine im ordentlichen Processe berechnet worden sein mag; allein das Hilfsgesuch im Executionsprocesse ist im Wesen nichts anderes, als eine Klage, und die hierauf zu erlassende Verfügung vertritt um so mehr die Stelle der ersten Ladung im ordentlichen Processe, als jene nicht blos ein Zahlungsinjunkt, sondern zugleich eine präjudicielle Aufforderung zur Anzeige xc. der in dieser Proceßgattung zu beachtenden Einreden und Ausflüchte enthalten muß. Die abschriftliche Zufertigung der Executionsklage und der urkundlichen Beilagen gehört allerdings zu den Erfordernissen der nach §. 86. ff. an den Beklagten zu erlassenden Auflage; aber im ordentlichen Processe muß dem Beklagten ebenfalls eine Abschrift von der Klage und deren etwanigen Beilagen, wenn auf die letzteren Einlassung und Antwort begehrt worden ist, mit der Ladung zugleich zugefertigt werden, und in beiden Proceßgattungen ist derselbe berechtigt zu verlangen, daß ihm diese Copien während der ganzen Terminsfrist zugänglich sind; es findet also auch in dieser Beziehung keine solche Abweichung von dem ordentlichen Processe statt, welche die Anwendbarkeit der Bestimmung ad Tit. IV. §. 2. der Erl. Pr. O. auf die Hilfsauflage im Executionsprocesse auszuschließen vermöchte.

b) Ungenau ist die Verfügung Bl. ihrem Inhalte nach insofern als weder ein Separatliquidum für jeden der Adressaten aufgestellt, noch ausdrücklich bemerkt worden ist, daß die Zahlung aus dem betreffenden Nachlasse zu leisten sei. Auch diese Ungenauigkeit ist, wenigstens im vorliegenden Falle, kein wesentlicher Mangel der Ladung. Die vorige Instanz stellt das an sich ganz richtige Princip auf, daß das auf die Executionsklage gefaßte richterliche Decret, wenn es den Executionsproceß für statthaft erachtet, und die hiernach zu erlassende Verfügung die Leistung bestimmt und klar bezeichnen müssen, welche der Beklagte gewähren soll. Indeß kann diese Bezeichnung mit demselben Effecte und derselben Deutlichkeit in verschiedener Form erfolgen. Im allgemeinen wird man, da im

Executionsprocesse die vom Kläger vorgetragenen Urkunden und das richterliche Decret in gewisser Beziehung die Stelle einer rechtskräftigen Sentenz vertreten, an die auf Grund derselben zu erlassende Verfügung in Bezug auf die Angabe der schuldigen Leistung keine strengeren Anforderungen zu stellen haben, als an eine richterliche Entscheidung, welche ohne Schwierigkeiten vollstreckbar, aber auch so beschaffen sein muß, daß der Beklagte, ohne sich erst dem executivischen Verfahren auszusetzen, dem Judicate ohne richterliche Mithülfe Genüge leisten kann. Die in Processen gegen Erben als solche ertheilten Entscheidungen lauten, wenn ihr Gegenstand die Zahlung einer Geldsumme ist und eine Verurtheilung der beklagten Erben ausgesprochen werden soll, in der Regel dahin, daß die Beklagten eine gewisse Summe sammt Zinsen aus dem Nachlasse nach ihren Erbquoten bezahlen sollen. Der Beisatz „nach ihren Erbquoten" ist, weil er sich den Rechten nach von selbst versteht, überflüssig, wenn nicht zugleich die Höhe der Erbquoten mit angegeben wird. Das letztere hinwiederum pflegt man, und mit Recht, nicht als unbedingt nothwendig zu betrachten, wenn die Höhe der Erbquote überhaupt nicht Gegenstand des Streites ist, sondern entweder schon durch das Gesetz, oder durch vorhandene und aktenkundige letztwillige Verfügungen regulirt ist. Selbst wenn der Beisatz „aus dem Nachlasse" zu zahlen, nicht ausdrücklich in das Urthel mit aufgenommen worden wäre, würde letzteres nicht als eine der Execution unfähige oder zweifelhafte Entscheidung zu betrachten sein, weil nach den in Sachsen bestehenden Gesetzen,

Dec. 57. v. J. 1661,

Torgauer Ausschr. v. 8. Mai 1583,

Rubr. Welchergestalt die Agnaten ꝛc.,

§. Dieweil aber dennoch ꝛc.,

J. P. S. Lib. I. art. 6.,

der Erbe in der Regel nur soweit, als der Nachlaß reicht und bez. nach seiner Erbquote für die Schulden des Erblassers haftet, mithin eine Entscheidung, welche den Erben schlechthin zur Zahlung verurtheilt, ohne dabei ausdrücklich auszusprechen, daß er über die Kräfte des Nachlasses oder bez. zu mehr, als zur Zahlung nach seinem Erbantheile verhaftet sein solle, nur von einer Zahlungspflicht in dieser gesetzlichen Beschränkung zu verstehen ist.

V. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

(Fortsetzung von Heft 4. S. 271.)

115.

Beweis des ausländischen Rechts. — Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten.

II. Sen.=Erk. vom 6. Septbr. 1859 ad no. 301/301. beff. J.

Wenn Beklagte behaupten, das in Frage befangene Geschäft sei aus dem Grunde für ungültig anzusehen, weil dasselbe der schriftlichen Form, welche nach dem K. Preuß. Rechte für die Rechtsbeständigkeit solcher Verträge, deren Object die Summe von 50 Thlr. übersteigt, erforderlich sei, ermangle, so ist es, da die Bezugnahme auf ausländische Gesetzesvorschriften bekanntlich als Ausflucht aufzu fassen ist, an ihnen, solches zu beweisen.

Andererseits aber war ihnen auch die Beweisführung hierunter um so weniger zu versagen, als beide Theile nicht nur Preußische Staatsangehörige sind, sondern auch es sich um einen Vertrag handelt, welcher in Preußen zum Abschluß gekommen ist und hat erfüllt werden sollen, mithin ein solcher Fall vorliegt der unbestritten nach der Regel locus regit actum die Sache in materieller Beziehung nach den Grundsätzen der K. Preuß. Gesetzgebung, dafern solche von dem, welcher darauf sich bezieht, erweislich gemacht werden können, beurtheilt und entschieden werden muß,

vergl. v. Wächter, die Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten, im Archive f. civ. Praxis. Th. 24. S. 268. Th. 25. S. 401. fg.

v. Langenn und Kori Erörterungen. Th. 3. no 1. S. 4 fg. verb. mit S. 28 fg.

ein Grundsatz, welcher auch in der Beziehung auf das internationale Verhältniß der gegenseitigen Rechtshülfe in Art. 21 der Sächsisch-Preußischen Justizconvention ausdrücklich anerkannt worden ist.

116.

Eine lediglich auf Anerkenntniß des streitigen Anspruchs gerichtete blos präparatorische Klage kann nur ausnahmsweise zugelassen werden, wenn dem Kläger ein erst künftig wirksam werdendes, von dem Eintritt der Verfallzeit oder einer Bedingung abhängiges Rech vom Gegner bestritten worden ist.

II. Sen.-Erk. vom 14. Oct. 1859 no. 310/403. deff. J.

Der obige Satz wurde ausgesprochen unter Verweisung auf die von Kori in dessen und von Langenn Erörterungen III. B. S. 52 angezogene Thesis des OAG.

117.

Festsetzung der Vertragsberedungen durch Urkunden. — Einrede daß der Vertragswille ein anderer gewesen, oder später geändert worden.

II. Sen.-Erk v. 8. Septbr. 1859 ad no. 318/317 d. J.

Wer über ein zwischen ihm und einer andern Person zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft eine Urkunde ausgestellt und vollzogen zu haben geständig ist, der muß, da der Zweck der schriftlichen Verlautbarung eines Vertrags in den Fällen, wo die schriftliche Form nicht zu dessen Gültigkeit erfordert wird, präsumtiv kein anderer als der ist, daß die dießfallsige Urkunde ein Beweismittel für den Vertrag selbst und dessen Modalität abgeben soll

L. 4. Dig. de fide instr. (XXII. 4.)

Glück, Erl. der Pand. Thl. 22. S. 17. fg.

dann, wenn von der andern Seite aus dem betreffenden Rechtsge-

schäfte unter Bezugnahme auf die darüber abgefaßte Urkunde Klage erhoben wird, den Inhalt der Vertragsurkunde so lange gegen sich gelten lassen, als bis er nicht, unter thatsächlicher Begründung, darauf sich berufen kann, entweder daß es in der erklärten Absicht der Contrahenten gelegen, ausnahmsweise anstatt der schriftlich verlautbarten, hiervon abweichende mündliche Stipulationen als maasgebend unter sich gelten zu lassen, oder daß der Inhalt der Vertragsurkunde durch spätere Verabredungen im Einverständnisse der Contrahenten ganz oder theilweise modifizirt worden sei. Wie hieraus von selbst folgt, ist derjenige, welchem der Inhalt einer solchen Schrift entgegensteht, mit der bloßen Behauptung, die Sache sei anders als die Urkunde besage, mündlich verabredet worden, würde diese Behauptung auch noch so bestimmt von ihm ausgesprochen, an und für sich betrachtet nicht zu hören, in welcher Beziehung übrigens bei der völligen Gleichheit des Grundes es gleichgültig ist, ob der Gegner, gestützt auf eine derartige Niederschrift, im Urkundenprocesse klagbar geworden, oder ob ordentlicher Proceß vorliegt und die Urkunde einen integrirenden Theil der Klage bildet, und über beide der Eid angetragen worden ist.

118.

Erklärt bei einem Vertrage, welcher für den einen Contrahenten eventuell bindend für den andern, des Vollwortes eines Dritten bedürfenden aber, vorbehältlich der Genehmigung dieses Dritten abgeschlossen worden, letzterer zwar seine Genehmigung jedoch unter einer weiteren nicht verabredeten Bedingung oder Voraussetzung, so kann der eventuell gebundene Contrahent diese Erklärung, als eine unter der Voraussetzung, daß er das Mehrere nicht annoch einräume, ausgesprochene Ablehnung betrachten und solche acceptirend seiner Seits definitiv vom Vertrage zurücktreten

II. Sen.-Erk. vom 27. Septbr. 1859 ad no. 357/341 d. J.

*) Mag man die Erklärung des Beklagten vom 29. Juni

*) Der weltliche Coinspector eines Pfarrlehns hatte vom Beklagten

1857 für eine eventuelle Constituirung der in Frage befangenen Wegeservitut, was sie in der That ist, oder wie der Actor des Pfarrlehns will, nur für die Zusicherung eine Wegeservitut gegen Gewährung von 50 Thlr. einräumen zu wollen, halten, immer wird der Beklagte für berechtigt angesehen werden müssen von derselben wieder zurückzutreten nachdem die Kreisdirection die Offerte des Beklagten nicht pure genehmigt, sondern sie, wie nach Bl. geschehen, annoch von einer besonderen Voraussetzung abhängig gemacht hatte, welche dem Beklagten zumuthete noch etwas zu thun, wozu er sich bis dahin nicht verbindlich erklärt hatte.

In jedem Falle blieb der Vertrag ein negotium claudicans, welches den Beklagten nur für den Fall verbinden konnte, daß die Offerte ohne weiteren Zusatz angenommen wurde.

Findet man nämlich in der dem weltlichen Mitgliede der Kircheninspection zu B. gegenüber abgegebenen Erklärung Beklagtens „er wolle dem dasigen Pfarrlehn die fragliche Wegeservitut gegen ein Entschädigungsquantum von 50 Thlr. einräumen" eine durch Bewilligung und Auszahlung der nur gedachten Summe sofort wirksam werdende Constituirung der Servitut, so liegt darin, daß die angezogene Verordung der Kreisdirection neben Bewilligung jener Summe noch vorausgesetzt hat, daß Z. diese Servitut annoch ausdrücklich vor Gericht einräumen solle, das Verlangen, Z. solle noch etwas mehr thun, als er bereits gethan habe, und dieses mußte ihm die Freiheit gewähren von seiner nicht pure acceptirten Offerte wieder zurückzutreten. Wollte man aber auch mit dem Actor des Pfarrlehns, in der Erklärung des Beklagten nur die Zusicherung finden. daß Z. erst künftighin, wenn ihm die verlangte Entschä-

---

die Erklärung erlangt, „er wolle dem Pfarrlehn die fragliche (für dieses gewünschte) Wegeservitut gegen ein Entschädigungsquantum von 50 Thlr. einräumen." Hieran sollte Beklagter an sich pure, das Pfarrlehn vorbehältlich der Genehmigung der vorgesetzten Regierungsbehörde gebunden sein. Letztere genehmigte das Abkommen „unter der Voraussetzung, daß Beklagter diese Servitut annoch ausdrücklich vor Gericht einräume." Nach Eröffnung der dießfallsigen Verordnung erklärte nun dieser, daß er nunmehr von dem Geschäft gänzlich zurücktrete und es wurde dieser Rücktritt auf Klage des Actors des Pfarrlehns in zweiter (AG. Leipzig) und dritter Instanz für statthaft und wirksam erachtet.

digung werde gewährt werden, dem Pfarrlehn ein Wegeservitut einräumen wolle, so geht mindestens das Verlangen der Kreisdirection, daß er dieß vor Gericht thun solle, über dasjenige hinaus, was Z. zu thun versprochen hatte. Er hatte nicht zugesagt eine Servitut vor Gericht einräumen zu wollen, und es mußte ihm, da der Mitpaciscent das Zustandekommen des ganzen Vertrags von dieser Voraussetzung abhängig gemacht hatte, ohne Zweifel freistehen, nunmehr seiner Seits von demselben wieder zurück zu treten.

Von selbst versteht es sich, daß auf die mehrere oder mindere Wichtigkeit der von dem einen der Contrahenten dem Vertrage beigefügten Bedingung, welcher hierin auch die Voraussetzungen gleich stehen, nichts ankommen kann. Denn wenn die Bedingung dem einen der Contrahenten so erheblich erschien, daß er den Vertrag nur nach deren Erfüllung eingehen wollte, so muß man auch anerkennen, daß sie der andere Contrahent erheblich genug finden konnte, um den Vertrag mit dieser Bedingung abzulehnen.

Hiernach blieb nichts übrig als das vorige, die Abweisung der Klage aussprechende Erkenntniß zu bestätigen.

119.

Eine dem Vertrage beigefügte lex commissoria äußert im Zweifelsfalle lediglich die Wirksamkeit einer Resolutivbedingung. Die Bezugnahme des Beklagten auf eine solche enthält eine peremtorische Ausflucht, welche in der Regel derjenige, welcher davon Eintritt für sich geltend machen will, beweisen muß.

II. Sen.-Erk. vom 6. Septbr. 1859 ad no. 301/301 v. Z.

Die Sätze wurden ausgesprochen ersterer unter Bezugnahme auf
L. 1 D. de lege commiss. (XVIII. 3.)
Unterholzner, Schuldverhältn. II. §. 430.
letzterer unter Verweisung auf:
Ztschr. f. Rchtspfl. u. V. N. F. Bd. 13. S. 462.
Wochenbl. f. merkw. Rf. 1853. S. 248.

120.

Will der Verkäufer marktgängiger Waare am Lieferungstage die nicht abgenommene Waare veräußern, und das id quod interest fordern, so muß er beweisen, daß er frei von mora ist.*)

II. Sen.=Erk. vom 2. Septbr. 1859 ad no. 330/307. d. J.

Nach der von dem OAG. in der neueren Zeit befolgten Rechtsansicht ist bei dem sogenannten Lieferungshandel über marktgängige Waare der Verkäufer allerdings befugt, die zur Ablieferung an den Käufer in Bereitschaft gehaltene Waare anderweit zu verkaufen und wenn der hierbei von ihm erlangte Preis den bedungenen Kaufpreis nicht erreicht, den Ersatz der sich zwischen diesen beiden Preisen ergebenden Differenz von dem Käufer zu beanspruchen, wenn dieser die Waare zu dem vertragsmäßig festgesetzten Lieferungstage nicht abgenommen hat. Diese Berechtigung des Verkäufers beruht aber nicht auf der Annahme einer auftraglosen Geschäftsführung des Verkäufers für den Käufer, denn eine solche würde in dem Weiterverkaufe der Waare an und für sich allein noch nicht erblickt werden können; sondern es ist dieselbe nach den Bedürfnissen des heutigen Handelsverkehrs als eine rechtliche Folge des Verzugs anzuerkennen, welcher dem Käufer in Bezug auf die pünktliche Abnahme der Waaren am voraus bestimmten Lieferungstage zur Last fällt,

vergl. die Entscheidungsgründe im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle, 1857. S. 437. fg.

Mit Recht ist daher von der vorigen Instanz (AG. Leipzig) darauf hingewiesen worden, daß ein Verzug auf Seiten des Käufers nur dann eintritt, wenn der Verkäufer seinerseits zur Erfüllung des Vertrags bereit gewesen ist; und dazu gehört in der Regel und wenn nicht etwa der Käufer schon zum Voraus die Abnahme der Waare ausdrücklich und mit Bestimmtheit abgelehnt haben sollte, daß der Verkäufer am Lieferungstage die bestellte Waare am Ablieferungsorte in Bereitschaft gehalten und dem Abkäufer dieselbe gehörig angeboten hat.

---

*) Vergl. über den umgekehrten Fall Annalen Bd. I. S. 338 no. 90.

121.

Wird die Bestimmung der Erl. Pr. O. ad Tit. XXXIX. §. 19. wonach eine nothwendige Subhastation nur bei Anwesenheit von mindestens zwei Licitanten vor sich gehen darf, dadurch umgangen, daß der einzige Licitant eine zweite Person veranlaßt zum Schein mitzubieten, so ist das Geschäft nichtig.

II. Sen.-Erk. vom 1. Septbr. 1859 ad no. 220/298 d. J.

Aus den Bestimmungen der Erl. Pr. O. ad Tit. XXXIX. §. 19. geht unzweifelhaft hervor, daß bei der Anwesenheit nur eines Kauflustigen in einem Subhastationstermine zu der anberaumten Versteigerung des Grundstücks nicht verschritten, sondern vom Richter ein besonderes Verfahren, eine Verhandlung desselben mit dem Kauflustigen wegen eines von dem letzteren zu gewährenden angemessenen Preises, vorgenommen werden soll; und es folgt daraus indirect, daß die Gültigkeit des Zuschlags für das im Subhastationstermine gethane Meistgebot dadurch bedingt wird, daß mindestens zwei Personen bei der Versteigerung anwesend gewesen sein müssen, welche wirklich den Willen gehabt haben, das Grundstück für sich zu erstehen.

Diesem Erforderniß wird aber nicht genügt, wenn die anwesenden zwei Personen ein gemeinschaftliches Interesse haben und das Grundstück entweder für gemeinschaftliche Rechnung erstehen wollen, oder wenn einer von ihnen, nur um die Form der Licitation zur Erscheinung zu bringen, im Einverständniß mit dem andern und ohne die ernstliche Absicht für das gethane Gebot das Grundstück für sich erwerben zu wollen, einige Gebote eröffnet und alsdann von dem weiteren Bieten im Interesse des andern Licitanten absteht. Durch die auf solche Weise scheinbar beobachtete Form der Licitation wird offenbar der mit der nothwendigen Versteigerung verfahrende Richter in die irrige Meinung versetzt, als wären zwei Personen vorhanden, von denen eine jede gewünscht das Grundstück für sich zu erwerben, er wird getäuscht und dadurch veranlaßt, von Beobachtung des in der angezogenen Stelle der Erl. Pr. Ordn. für den

Fall, daß nur ein Bietungslustiger erscheint, vorgeschriebenen Verfahrens abzusehen. Aus dem lediglich in Folge dieser Täuschung erlangten Zuschlage kann aber der in Wahrheit nur vorhanden gewesene einzige Licitant keine Rechte erlangen.

Vergl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 155. flg. u. 407. fg. 1857. S. 92 fg.

122.

Verschwiegene Servituten begründen für den Käufer nicht allein eine Klage auf Preisminderung, sondern nach Befinden auch auf Rescission des Handels. — Fall eines vom Verkäufer in Bezug auf eine solche Servitut verhangenen dolus.

II. Sen.-Erk. vom 30. Septbr. 1859 ad no. 494/386.

Wenn auf einem verkauften Grundstücke Dienstbarkeiten lasten, welche der Verkäufer kannte, dem Käufer aber bei Abschluß des Kaufes unbekannt geblieben waren, so ist der Verkäufer dem Käufer wegen deren Verschweigung verantwortlich; denn er hat dem Käufer zu gewähren, daß der Gegenstand des Kaufes diejenigen Eigenschaften an sich trage, welche der Käufer, selbst abgesehen von besonderen Zusagen, nach der Natur der Sache und nach den regelmäßigen Umständen und gewöhnlichen Verhältnissen zu erwarten berechtigt ist, also auch in dieser Beziehung für alle Mängel, welche den Werth der Sache bedingen, einzustehen.

Vergl. Sintenis pract. gem. Civilrecht Bd. II. S. 607 fg.

Das Verschweigen verborgener Fehler, zu denen unbezweifelt auch das Vorhandensein von Servituten gehört, welche auf der Sache haften, begründet für den Käufer jedenfalls einen Anspruch auf Herabsetzung des Preises und Kläger befindet sich im Irrthume, wenn er davon ausgeht, daß die sächsische Praxis, abweichend von den Bestimmungen des römischen Rechtes, sich der Ansicht zugewendet habe, daß zu Begründung der actio und exceptio quanto minoris die Beziehung auf eine besondere Arglist des Verkäufers erforderlich sei.

Das Interesse des Käufers kann aber, wenn der verschwiegene

Fehler ein solcher ist, welcher den Käufer, dafern er ihn gekannt hätte, bestimmt haben würde, den Kauf gar nicht abzuschließen, ut emtor ob id emturus non fuerit, wie das fr. 25. §. 1. D. de except. rei jud. (44. 2.) sich ausdrückt, auch in der völligen Auflösung des Kaufes bestehen,

vergl. fr. 11. §. 3. D. de act. emt. et vend. (19. 1.)

und daß in einem solchen Falle der Käufer den Anspruch auf Wiederaufhebung habe, wird am wenigsten dann zu bezweifeln sein, wenn dem Verkäufer noch überdies eine besondere Arglist zur Last fällt. Nun hat aber Beklagter*) hier wirklich auf Umstände sich bezogen, welche augenscheinlich geignet sind, nicht nur die Annahme zu begründen, daß er von dem Kaufe ganz abgesehen haben würde, wenn Kläger ihm beim Abschlusse desselben und nicht erst nachher, als der Kaufsaufsatz abgefaßt wurde, von der Existenz der erwähnten Servitut Mittheilung gemacht hätte, sondern auch das Verhalten des Klägers in dem Lichte eines besonderen dolus erscheinen zu lassen.

Er hat nämlich angeführt,

a) daß er im Laufe der Kaufsverhandlungen, dem Kläger ausdrücklich bemerklich gemacht habe, wie er das Grundstück, um welches er mit ihm handle, zur früheren oder späteren Bebauung mit Gebäuden kaufen wolle und

b) daß auch Kläger ausdrücklich zu erkennen gegeben habe, wie er das Grundstück nicht als bloses Gartenland, sondern als Baustelle bezahlt verlange.

In jener Eröffnung des Beklagten sub a mußte Kläger unbedingt Veranlassung finden, jenem sofort zu sagen, daß und in wie weit der Erreichung jenes Zweckes ein Hinderniß in der dem östlichen Grenznachbar eingeräumten Servitut entgegenstehe; wenn er dies unterließ, den Beklagten sogar in der Meinung, daß ein derartiges Hinderniß nicht vorhanden sei, dadurch bestärkte, daß er das

---

*) Beklagter hatte vom Kläger eine Parzelle gekauft, auf welcher zu Gunsten eines Nachbargrundstücks die ihm verschwiegene Servitut haftete, daß solche nicht mit Gebäuden bebaut werden dürfe und verweigerte auf Erfüllung des Kaufs verklagt, solche, da ihm mit dieser Servitut das Kaufobject nutzlos sei.

Grundstück als Bauplatz bezahlt verlangte, so läßt das Verschweigen der Dienstbarkeit vor und bei dem behaupteten Kaufsabschlusse nicht füglich anders als ein arglistiges sich betrachten, darauf berechnet, den Beklagten zu Eingehung des Kaufes in der von ihm, dem Kläger beabsichtigten Maaße, zu bestimmen.

Hiernach aber scheint es bedenklich, die Ausflucht schon jetzt blos in der von den Verfassern des vorigen Urthels angenommenen beschränkten Richtung für begründet zu erklären und sie ohne Weiteres insoweit für unbegründet zu achten, als Beklagter Wiederaufhebung des Kaufs verlangt.

123.

In dem Sinne des §. 67. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 stehen s. g. Legalzinsen den Vorzugszinsen gleich.

II. Sen.-Erk. vom 13. Oct. 1859 ad no. 48/390 deff. J.

Der Satz wurde ausgesprochen unter Bezugnahme auf

Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht II. §. 87. sub. II. 4. Anm. 28. S. 101 §. 93. sub. A. I. 6. S. 185.

und

Heyne, Commentar zum Hypothekenges. Th. I. S. 312.

Nachtrag zu Heft 1. S. 15.

(Personalveränderungen rc.)

In Folge des Ablebens des Oberappellationsrathes Raabe (vergl. dieses Heft, S. 412) ist Oberappellationsrath Siegmann zum zweiten, und Oberappellationsrath Dr. Pöschmann zum dritten (stellvertretenden) deputirten Rathe bei dem Cultusministerium (vergl. Heft 1. S. 13. sub. E.) bestimmt worden.

VI.

Uebersicht der im Jahre 1859 von dem Ober-Appellations-Gericht gegebenen Entscheidungen.

Von Dr. von **Langenn**.

Das unter ⊙ beigegebene Verzeichniß der im vergangenen Jahre vor dem Oberappellationsgericht zur Entscheidung gebrachten Rechtssachen fordert zu einigen Bemerkungen auf.

Nur die Fälle, in welchen die Vorschrift der Strafproceßordnung Art. 357. eintritt, sind unbedingt an das OAG. zu bringen, daher kann man von den übrigen verzeichneten Fällen keinen ganz sichern Schluß auf den Stand der Sache im Lande machen. Allein ein Anhalten giebt jenes Verzeichniß dennoch. Denn theils sind gewiß in den meisten an sich von der Competenz des OAG.'s nicht ausgeschlossenen Sachen Rechtsmittel eingewendet worden, theils kann man selbst hiervon abgesehen, auch aus der dem Ganzen gegenüber nur partiellen Uebersicht ein Anhalten nehmen zu Beantwortung der Frage: haben die Verbrechen zugenommen und welche Verbrechen sind vorzugsweise im Steigen begriffen?

Man würde nicht richtig schließen, wollte man hierbei nicht in Betracht ziehen, daß das Königreich Sachsen eines der bevölkertsten Länder Deutschlands ist und daß in einem großen Theil des Königreichs der Ackerbau in zweiter Reihe stehet.

Es ist eine alte Erfahrung, daß blos oder vorzugsweise

Ackerbau treibende Gegenden im Ganzen weniger Verbrechen aufzuweisen haben, als solche, wo industrielle Beschäftigung vorherrschet. Es hat dies wohl schon darin seinen Grund, daß in letztern die Menschen enger beisammen wohnen, die Bevölkerung oft übermäßig dicht und der Erwerb mehr Schwankungen unterworfen ist.

Wer die Zahl und Art der verzeichneten Strafrechtssachen betrachtet, wird wahrnehmen, daß namentlich drei Arten von Verbrechen in der letzteren Zeit sich vermehrt haben; sie sind Mord, Meineid und sexuelle Ausschreitungen.

Es lagen im vorigen Jahre dem OAG. acht Sachen vor deren Gegenstand Mord war; (hierunter war ein Fall nach dem alten Verfahren zu behandeln, vergl. d. Uebersicht unter A. 3.) vier Sachen wobei es sich um Mordversuch handelte.

Nach der Erinnerung des Verfassers dieser einleitenden Bemerkungen war seit 15 Jahren (beinah so lange steht er an der Spitze des OAG.'s) die Zahl dieser schweren Fälle nie so hoch gestiegen.

Es gestattet weder der Zweck noch der Raum dieser Bemerkungen sich über die Motiven und die Modalitäten bei jenen Fällen auszusprechen; nur soviel sei bemerkt, daß sie großen Theils eine Verwilderung des Herzens und eine Durchbrechung der auch rohe Menschen oft noch abhaltenden Schranken zeigten, welche nur mit tiefem Schmerz betrachtet werden können. Auch drängt sich die Wahrnehmung auf, daß bei den vorkommenden Verbrechen des Mordes und bei den Versuchen desselben die Vergiftung eine größere Rolle spielt als in der älteren Zeit.

In Betreff der Meineidsfälle ist zu erwähnen, daß sie meist unter Art. 222. des Strafgesetzbuchs fielen. (Es lag die Absicht vor, sich oder Andern einen rechtswidrigen Vermögens-Vortheil zu schaffen.) Das Verbrechen des Meineids kömmt sehr oft in der Modalität vor, daß der Meineidige die ihm, wie er glaubt, zustehende Einrede der Zahlung mit dem Läugnen des Klagegrundes vertauschen will und den letztern des-

halb abschwört. Je häufiger sich dies bei den Untersuchungen herausstellt, desto mehr dürfte es die dringendste Nothwendigkeit sein, im Schwörungstermine den zur Eidesleistung sich bereit Erklärenden auf solche Reservationen aufmerksam zu machen und die Unzulässigkeit und Strafbarkeit derselben zu Gemüth zu führen. Eben so verhält es sich mit den so häufigen Eiden über außereheliche Beiwohnung; auch hier suchen die Schwörenden häufig einen Behelf darin, daß sie ihrer Meinung nach die Vaterschaft ablehnen, wenn sie auch wissen, daß sie sich geschlechtlich vermischt haben, und also den Eid so, wie er erkannt ist, nicht schwören können.

Ueberhaupt aber hat der Criminalrichter Gelegenheit, zuweilen die traurigsten Wahrnehmungen über Irreligiosität selbst solcher Individuen zu machen, welche eben nicht zu den in Erziehung und Unterricht ganz vernachlässigten gehören. Der Verpflichtung zu Zahlung einer selbst kleinen Schuld gegenüber werden Gottesfurcht und Gewissen bei Seite geschoben und nicht gehört.

Ein sehr dunkles Blatt in den Annalen der Strafrechtspflege bilden die sexuellen Verbrechen, welche im StGB. Art. 180 u. f. bezeichnet werden; namentlich haben sich seit einigen Jahren die Fälle gehäuft, welche nach Art. 180 u. f., insbesondere 183 des StGB.'s zu strafen sind. Es sind Beispiele von Mißbrauch kleiner kaum 2 bis 3 Jahr alter Kinder vorgekommen und eben so hat die Criminalstatistik Fälle aufzuweisen, wo die Verpflichtung, das Heil der Kinder, welche zur Obhut anvertraut waren und werden mußten, zu überwachen, von den grauenhaftesten Verbrechen nicht abhielt.

Mag auch unsere Zeit in vielfacher Beziehung sich auszeichnen, mag der menschliche Geist die größten und weltgeschichtlich wichtigsten Erfindungen gemacht haben, mag selbst die äußere Rohheit (was jedoch noch problematisch ist) in Abnahme sein, — an wahrer Gewissenhaftigkeit, an Ueberwindung der Genußsucht und Habsucht stehet sie nicht höher als die Vor-

zeit. Darum aber soll die Hoffnung nicht aufgegeben werden, daß Tage kommen können, in welchen die Criminal-Justiz weniger Verbrechen in ihre Annalen aufzuzeichnen haben wird, als gegenwärtig.

Soviel die Civilsachen angehet, ergiebt sich aus dem Verzeichnisse, daß namentlich die Ehescheidungssachen, wenn sie auch gegen vorige Jahre nicht zugenommen, vielmehr in etwas sich gemindert haben, doch immer noch in bedeutender Zahl vorkommen, und daß unter 167 Ehescheidungs-Processen 29 wegen Ehebruchs rechtshängig geworden waren.

Auch die Natur der Civil-Processe hat sich mit der Zeit geändert; wohlthätig haben darauf eingewirkt die Ablösungsgesetze in Betreff der Frohnen, Dienstbarkeiten, Laudemial-Pflicht u. s. w., die allgemeine deutsche Wechselordnung, mag sie auch zu manchen neuen Streitfragen Anlaß gegeben haben, das Gesetz vom 7. November 1843 über die Grund- und Hypotheken-Bücher.

So außerordentlich weitläufige, viele Actenbände füllende Processe, wie sie sonst häufig vorkamen, gehören jetzt zu den seltenern.

Dagegen haben sich die Schwierigkeiten bei Entscheidung der bürgerlichen Processe dadurch vermehrt, daß die Geschäfte im gewöhnlichen Leben, in Handel und Wandel theils verwickelter geworden sind, theils die Rechtsverhältnisse mehr und mehr in einander greifen, eine äußere Form von Geschäften oft nur darum gewählt ist, um leichter einen dieser Form fremden Zweck zu erreichen.

Auch die mindere Anhänglichkeit an erkauften oder ererbten Grundbesitz, die Verbindung der Landwirthschaft mit industriellen Unternehmungen — dies Alles hat dazu beigetragen, die Rechtsverhältnisse vielfach in einander zu schlingen und ihre Entwirrung durch Proceß und Entscheidung zu erschweren.

⊙

A.

I. oder Criminal-Senat.

(Vergl. pag. 1, 2, 3, 4 und 10 des 1. B. 1. H. der Annalen des K. S. Oberapp.-Ger.)

Bei Beginn des Jahres 1859 lagen an Criminalsachen von 1858 zur Erledigung vor:	65
Vom 1. Januar bis 31. December 1859. sind eingegangen:	1447
in Sa.:	1512
Davon sind im Jahre 1859 abgeurtheilt und bez. sonst erlediget worden:	1441
mithin verblieben am Schluß des Jahres 1859 unerledigt.	71

Die erledigten Criminalsachen bestanden in

70 Urthelssachen alten Verfahrens, (s. d. Intext sub. 3.)

64 Untersuchungssachen gegen Militärpersonen, (vgl. Verordn. v. 13. Aug. 1855. II. 4.)

2 dergleichen wegen Hinterziehung indirecter Abgaben, (vergl. dies. Verordn. a. a. O.)

923 Urthelssachen neuen Verfahrens und

382 andern Entscheidungen in Sachen neuen Verfahrens.

Der Verspruch in Criminalsachen des neuen Verfahrens erstreckte sich über

89 Nichtigkeitsbeschwerden mit Berufungen,

294 Nichtigkeitsbeschwerden,

564 Berufungen

und

39 Wiederaufnahme-Gesuche.

Außerdem wurde in gleichen Sachen über

84 Beschwerden,

13 Competenzdifferenzen

und

36 Auftrags-Ertheilungen

Entschließung gefaßt.

Ferner wurden 8 Verhandlungen in Gemäßheit art. 357 und art. 341 2 d. StPO. abgehalten, und zwar:

6 wegen Mordes,

1 wegen Raubmordes,

1 wegen versuchten Raubmordes.

Dabei wurden:

1 Cassations-Erkenntniß,

5 confirmatorische und

2 reformatorische Urthel

gesprochen.

Von den 5 confirmatorischen Urtheln lauteten 4 auf Todesstrafe und 1 auf lebenslängliche Zuchthausstrafe.

Die auf eingewendete Rechtsmittel zum Verspruch in zweiter, bez. dritter Instanz gelangten Criminalsachen

1.) des neuen Verfahrens

betrafen folgende Verbrechen: *)

34	Widersetzlichkeiten,	(Art. 142 des StGB.)
4	Widersetzungen gegen erlaubte Selbsthülfe,	(„ 143 „ „)

---

*) Unter den aufgeführten Verbrechen befinden sich allerdings diejenigen nochmals mit aufgenommen, welche nach vorausgegangener Cassation des erst- oder zweitinstanzlichen Erkenntnisses späterhin nochmals zur Entscheidung an das Oberappellationsgericht gelangten. Wenn übrigens die Summen der aufgeführten Verbrechen alten und bez. neuen Verfahrens mit der Zahl der vorher summarisch angegebenen versprochenen Sachen differiren, so erklärt sich dies daraus, daß unter letzteren sich nicht wenige Untersuchungen befanden, welche mehre Verbrechen zum Gegenstande hatten, sowie daß bei Aufzählung jener Verspruchssachen die Fälle, wo es sich um Wiederaufnahme-Anträge oder um Rechtsmittel gegen Verweisungs-Erkenntnisse handelte, außer Berücksichtigung geblieben sind.)

4	Widersetzungen gegen Behörden,	(Art. 144 des StGB.)
3	Störungen des Hausfriedens,	(„ 151.1. „ „)
3	dergleichen,	(„ 151.2. „ „)
2	Befreiungen von Gefangenen ohne Gewalt,	(„ 152 „ „)
5	dergleichen mit Gewalt,	(„ 153 „ „)
3	dergleichen durch Dritte,	(„ 154 „ „)
7	Morde (incl. 2 Raubmorde),	(„ 155 „ „)
4	Mordversuche (incl. 1 Raubmordversuchs),	
2	Todtschläge,	(„ 156 „ „)
2	Todtschlagsversuche, (bez. einmal in Concurrenz mit Körperverletzung und Anstiftung),	
4	Kindestödtungen,	(„ 159 „ „)
1	Anstiftung z. Leibesfrucht-Abtreibung,	(„ 160 „ „)
3	Geburts-Verheimlichungen,	(„ 162 „ „)
7	Fälle wegen Medicasterei,	(„ 164 „ „)
8	Tödtungen aus Unbedacht,	(„ 165 „ „)
21	Körperverletzungen,	(„ 166 „ „)
3	Körperverletzungen mit tödtlichem Erfolge,	(„ 170 „ „)
1	Körperletzung aus Unbedachtsamkeit,	(„ 175 „ „)
1	Körperverletzung bei Ausübung des Züchtigungsrechts,	(„ 176 „ „)
1	Raubversuch,	(„ 177 „ „)
5	Nothzuchts-Verbrechen,	(„ 180 „ „)
7	Fälle wegen Nothzuchtsversuchs,	
3	Unzuchtsverbrechen an Wehr- oder Bewußtlosen,	(„ 182 „ „)
25	dergleichen mit Kindern unter 12 Jahren,	(„ 183 „ „)
1	widerrechtliche Freiheitsberaubung, (an einem Adscendenten)	(„ 197 „ „)

8	Nöthigungs-Fälle (incl. 1 in Concurrenz mit Körperverletzung),	(Art. 201 des StGB.)
12	Bedrohungen,	(„ 206 „ „)
15	Brandstiftungen (incl. 2 in Concurrenz mit Diebstahl),	(„ 209 „ „)
1	Brandstiftungsversuch,	
1	Inbrandsteckung eigener Gebäude,	(„ 210 „ „)
1	Brandstiftung aus Unbedacht,	(„ 220 „ „)
35	Meineids-Fälle,	(„ 221.222 „ „)
2	Meineidsversuche,	
3	Fälle wegen Anstiftung zum Meineide,	
10	leichtsinnige Falscheide,	(„ 227 „ „)
5	wahrheitswidrige Aussagen,	(„ 229 „ „)
2	Anstiftungen zu solchen,	
3	Schmähungen in Beziehung auf Religion und Cultus,	(„ 232 „ „)
23	Verleumdungen,	(„ 235 „ „)
79	Beleidigungen,	(„ 239 „ „)
10	thätliche dergleichen,	
3	thätliche Angriffe auf die Schamhaftigkeit,	(„ 244 „ „)
12	unerlaubte Selbsthülfe,	(„ 247 „ „)
6	Ehebruchsvergehen,	(„ 259 „ „)
124	einfache Diebstähle,	(„ 276 „ „)
2	gewerbmäßige dergl.,	(„ 277 „ „)
	(incl. 33 Rückfälle, nach	„ 300 „ „)
83	ausgezeichnete dergl.,	(„ 278 „ „)
	(incl. 18 Rückfälle, nach,	„ 300 „ „)
14	Diebstahls-Versuche,	
7	Diebstahls-Begünstigungen,	
10	Erpressungen (incl. 1 mit Concurrenz),	(„ 282 „ „)
3	Erpressungsversuche,	
54	Betrügereien, (im Sinne des	(„284285„ „)

32	dergleichen, im Sinne des (worunter 12 Concurrenz- und 8 Rückfälle, nach	Art. 286 des StGB.) „ 300 „ „)
12	Betrugs-Versuche,	
74	Unterschlagungen,	(„ 287 „ „)
8	Partirereien,	(„ 392 „ „)
3	gewerbmäßige dergleichen,	(„ 293 „ „)
1	Verleitung zu Eigenthumsvergehen,	(„ 294 „ „)
2	Entfremdungen,	(„ 302 „ „)
3	Entwendungen von Eßwaaren,	(„ 303 „ „)
9	bösliche Bankrotte,	(„ 304 „ „)
10	leichtsinnige dergleichen,	(„ 308 „ „)
5	Hinterziehungen der Hülfsvollstreckung,	(„ 310 „ „)
7	Fälschungen,	(„ 311 „ „)
1	Verführung zur Unzucht,	(„ 318 „ „)
1	Täuschung der Behörde,	(„ 319 „ „)
6	Falschmünzereien,	(„ 321 „ „)
3	dergleichen Versuche,	
1	Entwendung unschätzb. Gegenstände,	(„ 330 „ „)
4	Beeinträchtigung fremden Grundeigenthums,	(„ 332 „ „)
2	Beschädigungen fremden Eigenthums,	(„ 335 „ „)
3	Verbreitungen nachtheiliger Gerüchte,	(„ 338 „ „)
2	Winkelschriftstellereien,	(„ 339 „ „)
1	Wuchersache,	(„ 340 „ „)
3	Inceste,	(„ 349 u. f. „ „)
1	Incestversuch,	
2	Fälle wegen Mißbrauchs junger Mädchen,	(„ 353 „ „)
2	F. w. gewerbmäßiger Unzucht,	(„ 354 „ „)
3	F. w. widernatürlicher dergl.,	(„ 357 „ „)
1	sonstige Verletzung der Sittlichkeit,	(„ 360 „ „)
1	Amtsmißbrauch,	(„ 362 „ „)

4	Bestechungsversuche,	(Art. 367 des StGB.)
1	Verletzung der Dienstpflicht,	(„ 371 „ „)

Endlich haben

bezüglich des Gesetzes: die Beschädigung von Eisenbahnen und Telegraphen u. s. w. betr.,

1 Fall

und

bezüglich des Gesetzes: die Forst-, Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle u. s. w. betr.,

19 Fälle

zur Entscheidung vorgelegen, auch wurden in Criminalsachen des neuen Verfahrens auf eingewendete Richtigkeitsbeschwerden überhaupt

75 Urthels-Cassationen

ausgesprochen.

2.) In Untersuchungssachen wider Militärpersonen lagen Fälle vor:

3	wegen	Achtungsverletzung,
9	„	Betrugs,
4	„	versuchten desgl.,
1	„	wörtlicher Beleidigung,
1	„	thätlicher dergl.,
1	„	muthwilliger Brandstiftung,
15	„	Desertion,
1	„	Desertion im Complott,
16	„	Diebstahls,
2	„	Diebstahls-Versuchs,
1	„	Diebstahls im Dienst,
1	„	Exceß mit Körperverletzung,
1	„	Forstdiebstahls,
1	„	Hausfriedensbruchs mit Gewalt,
1	„	Meineids,
1	„	Nothzucht,
1	„	Subordinationsvergehen,

1 wegen fortgesetzter Zügellosigkeit.
1 „ Täuschung,
1 „ Tödtung aus Unbedachtsamkeit,
1 „ Ungehorsams unterm Gewehr,
5 „ Unterschlagung,
2 „ Unzucht mit Kindern,
1 „ Verletzung der Sittlichkeit im Dienste,
2 „ Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe,
7 „ Widersetzung,
2 „ Widersetzung mit Trunkenheit,
1 „ Widersetzung gegen einen Oberen,
1 „ Widersetzung vor versammelter Mannschaft,
1 „ Wuchers,

Die

3.) nach dem alten Verfahren

geführten und zum Verspruch in zweiter Instanz vorgelegenen Criminalsachen, von welchen

62 von Schönburg'schen Justizbehörden geführt*) und
8 aus den übrigen Landestheilen eingeberichtet wurden,**)

betrafen folgende Verbrechen:

1 Bestechungsversuch,
5 Betrügereien,
1 böslichen Bankerott,
2 Brandstiftungen,
27 einfache Diebstähle,
6 ausgezeichnete dergl.,
1 Entwendung,
1 Fälschung,
2 gewaltsame Gefangenen-Befreiungen,
1 Hausfriedensbruch,

*) Vergl. Verordn. die Public. d. Str. Pr. O. betr. sub 8.
**) Vergl. dieselbe sub V.

3 Körperverletzungen,
1 dergl. mit tödtlichem Erfolge,
3 Meineide,
1 Fall wegen Preßvergehen,
1 Raubmord,
2 Tödtungen aus Unbedachtsamkeit,
7 Unterschlagungen,
2 Veruntrauungen,
1 Verleitung zur wahrheitswidrigen Aussage,
1 Verleumdung,
5 Widersetzungen,
1 Fall wegen Winkelschriftstellerei,
1 Fall wegen Wuchers.

In der unter vorstehenden Criminalfällen mit aufgeführten Raubmords-Untersuchungssache wurde das in erster Instanz vom Königlichen Appellationsgerichte zu Zwickau gesprochene, auf Todesstrafe lautende, Urthel bestätiget.

B.

II. oder Civil-Senat.

(Vergl. pag. 4, 6, und 10 d. 1. B. 1. H. der Annalen d. K. S. Oberapp. Ger.)

Bei Beginn des Jahres 1859 lagen zum Verspruch vor:	260 Sachen,
vom 1. Januar bis 31. December 1859 sind eingegangen:	926 „
in Sa.:	1186 Sachen.
Davon sind im Jahre 1859 vorgetragen und erlediget worden:	945 Sachen.
Es verblieben sonach noch unerlediget:	241 Sachen.

Von den vorgetragenen, der Mehrzahl nach und beziehentlich im Uebrigen dem Obligationenrechte angehörigen, Sachen können ausgezeichnet werden:

3 Bergsachen,
9 Besitzstreitigkeiten,

16 Concurse,
50 Dotations- und Alimentationssachen,
2 Edictalsachen außerhalb des Cocurses,
167 Ehesachen (worunter 29 in Folge Ehebruchs,)
28 Erbschaftsstreitigkeiten,
1 Familienfideicommiß-Sache,
6 fiscalische Prozesse,
8 Prozesse, herrschaftliche Dienste und andere Leistungen betr.,
1 Grenzstreitigkeit,
42 Handelsgerichtssachen,
3 Prozesse über eheweibliches Einbringen,
3 Kohlenabbau-Prozesse,
5 Kohlenzehent-Prozesse,
5 Lehngelderstreitigkeiten,
4 Nachdrucksachen,
39 Servituten- und Wegestreitigkeiten,
1 Uebertragung von Untersuchungskosten betr.,
1 Wegebau-Prozeß und
18 Wechselsachen.

C.

III. oder Leuterungs-Senat.

(Vergl. pag. 5, 6 und 11 des 1. B. 1. H. der Annalen des K. S. Oberapp. Ger.)

Bei Beginn des Jahres 1859 lagen aus dem Jahre 1858 zum Verspruch vor:	41 Sachen,
vom 1. Jan. b. 31. Dec. 1859. sind eingegangen:	87 "
in Sa.:	128 Sachen.
Davon sind im Jahre 1859 abgeurthelt worden:	106 Sachen,
mithin verblieben noch unerledigt:	22 Sachen.

Von den vorgetragenen, der Mehrzahl nach und beziehentlich im Uebrigen dem Obligationenrechte angehörigen, Sachen können ausgezeichnet werden:

3 Besitzstreitigkeiten,

2 Concurse,
3 Dotations- und Alimentations-Sachen,
14 Ehesachen (worunter 4 wegen Ehebruchs),
3 Erbschafts-Differenzen,
2 Prozesse, herrschaftl. Dienste und andere Leistungen betr.,
18 fiscalische Kohlenzehent-Prozesse,
3 Lehngelderprozesse,
1 Wechselsache und
6 Ablösungssachen.

D.

Extrajudicial-Senat.

(Vergl. pag. 5, 6 und 11. d. 1. B. 1. H. der Annalen des K. S. Oberapp. Ger.)

Bei Beginn des Jahres 1859 lagen aus dem Jahre 1858 zur Entscheidung vor:	18 Sachen.
vom 1. Januar bis 31. December 1859 wurden einberichtet:	214 „
in Sa:	232 Sachen.
Davon sind im Jahre 1859 vorgetragen worden:	223 Sachen.
mithin blieben noch unerledigt:	9 Sachen.

Hierüber ist noch zu erwähnen:
daß die Ordinar-Registranden

1.) des II. Senats 196 }
2.) des III. Senats 174 } Eingänge.

enthalten, welche theils durch sofort resolvirte Ausfertigungen, theils durch Decretur erledigt worden sind.

VII.

Ob und inwieweit die erfolglos gebliebene

Verleitung zu einer wahrheitswidrigen Aussage

in einer den Anstifter selbst betreffenden Angelegenheit auf Grund der Bestimmungen Absch. 2 Art. 64 und 65 in Verbindung mit Art. 229 des Str. Ges. Buch's für strafbar zu achten sei?

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter rc. v. Salza u. Lichtenau.

Ein wichtige und schwierige Frage des Strafrechts ist die, in welcher Weise die Anstiftung zum Verbrechen hinsichtlich seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit in dem Falle zu behandeln sei, in welchem die Anstiftung entweder gar keinen strafbaren Erfolg hatte, oder ihr doch wenigstens nicht die von dem Anstifter beabsichtigte That in ihrer Vollendung zur Seite getreten ist.

Die Anstiftung an sich, ohne eine darauf folgende Ausführungshandlung des Thäters, ist in den gemeinrechtlichen Quellen des Strafrechts, abgesehen von der durch die Natur des Verbrechens bedingten Ausnahme bei dem Majestätsverbrechen nirgends für strafbar erklärt. Weder das Römische und canonische Recht, noch die P. Ger. Ordn. kennen eine sogenannte selbstständige Strafbarkeit der Anstiftung. Sie unterwerfen nur die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete, mit einem Erfolge verbunden gewesene, intellectuelle Einwirkung eben so wie die Handlung des Thäters selbst der auf

die That gesetzten Strafe; s. Zachariä, im Archive d. Cr. R. v. J. 1850, S. 260 ff. Hiernach würde die Anstiftung strafrechtlich nur von dem Standpunkte der That aus zu betrachten, Thäter und Anstifter, der That gegenüber, immer nur als eine Person aufzufassen sein, daraus aber weiter folgen, daß, wie gefährlich auch das eingetretene Verhältniß zwischen Anstifter und Thäter werden könne, doch des ersteren criminelle Strafbarkeit eher nicht Platz greife, als dieses Verhältniß durch ein äußerlich erkennbares Werk des letzteren sich bekundet habe. Bei dieser einfachen Behandlung der Anstiftung ist aber die gemeinrechtliche Theorie und die ihr sich anschließende Praxis nicht stehen geblieben. Von der Ansicht ausgehend, daß die intellectuelle Kraft des Anstifters, vermöge deren er auf den Thäter gewirkt, nicht mehr der Gedankenwelt angehört, sobald der auf Vollbringung des Verbrechens gerichtete böse Wille in äußerlich erkennbarer Weise hervorgetreten sei, ist man offenbar aus keinem andern Grunde darauf gekommen, die erfolglos gebliebene Anstiftung für strafbar zu erklären, als weil man sie unter den Begriff der unterstandenen Missethat (P. G. O. 178) oder des strafbaren Versuchs subsumiren zu können glaubte. Man fand dieser Anschauungsweise zufolge in der Anstiftung den ersten Versuch zur That.

Als man später zu dem entgegengesetzten Extreme sich wendete, hat man in der Anstiftung selbst schon, insofern als durch sie, möge sie als versucht oder gelungen erscheinen, der verbrecherische Wille genügend objectivirt sich zeigt, ein eignes Verbrechen gefunden und von versuchter und vollendeter Anstiftung, gerade wie von der versuchten und vollendeten That, gesprochen. Die Folge dieser Anschauungsweise würde sein, daß überhaupt die Strafbarkeit des Anstifters von der des Thäters ganz unabhängig gestellt werden müßte. Die Verschiedenheit der hiernach gegebenen möglichen Standpunkte und und der Einfluß dieser Anschauungsweise auf dem Gebiete der Auslegung des positiven Rechts liegt auf der Hand.

In der neuern vaterländischen Strafgesetzgebung ist diese wie jene Theorie zur Geltung gekommen. Die letztere jedoch nur ausnahmsweise insoweit, als die eigenthümliche Beschaffenheit gewisser, besonders hervorgehobener Verbrechen eine selbstständige Strafbarkeit der Anstiftung hat angemessen erscheinen lassen. Außerdem ist die Anstiftung nur als wirkliche oder mögliche Ursache des beabsichtigten Verbrechens aufgefaßt worden. Hierbei ist man hinsichtlich des festgehaltenen Grundsatzes: daß die Anstiftung als Versuch des Verbrechens zu strafen sei, sobald ihr kein strafbarer Erfolg zur Seite getreten, nur insofern auf eine Ergänzung des gemeinen Rechts zugekommen, als zur Begegnung der Schwierigkeiten, die eine Uebertragung der verschiedenen Grade des Versuchs auf die Anstiftung haben würden, in dieser Beziehung eine bestimmte Grenze ein für allemal gezogen worden ist.

Obschon also das Gesetz die Anstiftung in Ermangelung eines Erfolgs als Versuch des beabsichtigten Verbrechens gestraft wissen will, so ist damit nicht gesagt, daß eine solche erfolglos gebliebene intellectuelle Einwirkung wie der Versuch des Verbrechens selbst zu behandeln sei, sondern es liegt darin nur der Ausspruch, daß sie dem Versuche des Verbrechens hinsichtlich der Strafbarkeit gleichzustellen sei. Ist demnach der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung bei der Anstiftung, als delictum sui generis, in dem Gesetze, außer in den besonders hervorgehobenen Ausnahmefällen, nicht begründet, so kann auch die Regel, daß der Versuch eines Verbrechens zu strafen sei, hier nicht zur Anwendung kommen. Der einzig und allein maßgebende Gesichtspunkt für die Entscheidung in Fällen der Art ist vielmehr, neben dem Umstande, daß der Wille des Verleiters auf eine äußerlich erkennbare Weise hervorgehoben sein muß, der, auf welchen die Beschaffenheit der von ihm beabsichtigten, bei dem anderen angeregten Handlung hinweist. Sobald diese sowohl dem Anstifter, als dem Angestifteten, oder auch nur dem einen oder dem andern gegenüber, als eine Gesetzesübertretung sich

charakterisirt, wird unbezweifelt das Gesetz angewendet werden müssen; denn in allen diesen Fällen folgt die Strafbarkeit des Verleiters aus seinem äußerlich hervorgetretenen, auf ein Verbrechen gerichteten Vorsatze. Dem steht bei der Anstiftung zu einer wahrheitswidrigen Aussage in eigner Angelegenheit des Anstifters die Bestimmung im Schlußsatze Art. 65 des Str. G. B. nicht entgegen; denn diese Bestimmung ist auf die Fälle, wo die That erst durch die persönlichen Verhältnisse des Angestifteten strafbar wird, überhaupt nicht zu beziehen. Es muß vielmehr, gleich wie nach Art. 63 unter gewissen Verhältnissen Jemand wegen der Handlung eines Dritten, zu der er diesen veranlaßt hat und welche für diesen völlig straflos ist, dennoch wegen Anstiftung bestraft werden soll, auch denjenigen eine Strafe treffen, welcher den Dritten zu einer für diesen strafbaren, in Betreff seiner, des Anstifters, Person dagegen an und für sich mit Strafe nicht bedrohten, Handlung verleitet. Von einer solchen Handlung läßt sich nicht sagen, wie gleichwohl der Schlußsatz Art. 65 des Str. G. B. voraussetzt, daß der Anstifter zu ihr in einem Verhältnisse als Thäter stehe; s. Allgem. Ger. Zeit. I. S. 468 und III. S. 108 u. 231.

Anders verhält es sich aber, wenn die beabsichtigte That sowohl im Verhältniß zum Anstifter, als im Verhältniß zum Angestifteten nicht straffällig erscheint, dieser wie jener also, wenn er die That für sich begangen hätte, nicht zu bestrafen gewesen sein würde, wie der Fall ist, sobald es sich um eine wahrheitswidrige Aussage im Sinne Art. 229 des Str. G. B. handelt und der Verleiter und der Verleitete in eadem causa obnoxii, unius facinoris rei sind, oder der eine zugleich als Object der verbrecherischen Handlung des andern erscheint, das Object des Verbrechens zwischen beiden identisch ist. Hier wo die beiderseitigen Aussagen für die beiderseitige Anklage von wesentlicher Erheblichkeit sind, kann der eine Mitbeschuldigte durch den Versuch, den andern, zu Ablegung eines Geständnisses geneigten, Mitbeschuldigten zu einer wahr=

heitswidrigen Aussage zu bestimmen, keines Verstoßes gegen die Vorschrift Art. 229 des Str. G. B. sich schuldig machen; denn wie man auch seine Handlungsweise auffassen möge, von seinem oder des Verleiteten Standpunkte aus, immerhin wird diese Handlungsweise sich als eine solche charakterisiren, auf welche insofern, als sie eine den Verleiter und den Verleiteten gleichmäßig angehende Angelegenheit betrifft, die Ausnahmebestimmung Art. 229 des Str. G. B. Anwendung leidet. Selbst wenn in einem solchen Falle der von dem Verleiter angegangene Mitbeschuldigte bereits der Verpflichtung, vor Gericht die Wahrheit zu sagen, nachgekommen sein sollte, wird nicht zu behaupten sein, daß er nunmehr dem Verleiter gegenüber gleichsam als ein solcher erscheine, der in einer ihn nicht angehenden Sache eine falsche Aussage habe erstatten sollen, weil bei dem Vorhandensein untrennbarer, den Verleiter und den Verleiteten gleichmäßig treffender Anklagepunkte die von dem ersten ausgegangene Einwirkung doch nur auf etwas, was ebenfalls nicht mit Strafe bedroht ist, hinauslaufen würde, nämlich auf den Widerruf eines formell gültig abgelegten Geständnisses Seiten des der Einwirkung ausgesetzt gewesenen Mitbeschuldigten. (Entscheidung des O. A. G. vom 15. Febr. 1860.)*)

*) In einem Falle, in welchem von zwei der mit einander verübten widernatürlichen Unzucht Angeklagten der eine, leugnende, den andern, gestehenden, zur Zurücknahme der mit dem Geständnisse verbundenen Anzeige wider ihn zu bewegen versucht hatte, lehnte das Gericht die Einleitung der Untersuchung wegen Verleitung zu wahrheitswidriger Aussage ab. Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft erhobene Beschwerde ward vom OAG. mittelst Verordn. v. 15. Febr. 1860 no. 165/135 d. J. mit Rücksicht auf die im Texte entwickelten Grundsätze zurückgewiesen.

VII.

Eine Streitfrage

aus dem Gebiete der Verbrechen wider das Eigenthum.

Von Dr. Sickel.

Die Frage, ob derjenige, welcher ein ihm anvertrautes oder auf eine andere nicht widerrechtliche Weise in seine Innehabung gekommenes fremdes verschlossenes Behältniß erbricht oder mittels Nachschlüssels eröffnet, um den Inhalt sich widerrechtlich zuzueignen, an diesem Inhalte eine Unterschlagung begehe oder sich eines ausgezeichneten Diebstahls schuldig mache, gehört zu den zweifelhaften.

Während unter den Schriftstellern, welche die Frage berühren, bereits Klein

Grundſ. des gem. deutsch. peinl. Rechts §. 441

allerdings zu einer Zeit, zu welcher man erst allgemeiner anfing, einen bestimmtern Unterschied zwischen Unterschlagung und Diebstahl anzuerkennen, bei Frachtfuhrleuten und Schiffern, wenn sie des Inhalts ihnen verschlossen anvertrauter Behältnisse sich widerrechtlich anmaßen, dies als eigentlichen Diebstahl bezeichnet, auch in einigen von Goltdammer

Archiv für preuß. Strafrecht Th. II. S. 213 425,

mitgetheilten Fällen Preußische Gerichtshöfe, früher selbst das Obertribunal zu Berlin, dahin entschieden haben, daß Diebstahl anzunehmen sei und nicht Unterschlagung, so ist dagegen wiederum von anderen Rechtslehrern, z. B. von Tittmann

Handb. d. Strafrechtswissensch. Bd. II. §. 510. 2. Ausg.

doch ohne nähere Motivirung des Ausspruchs, und ausführlicher von Mittermaier

Archiv des Cr. R. N. F. 1852. S. 542

die entgegengesetzte Ansicht, daß nur Unterschlagung vorliege, vertheidigt worden, und es ist sowohl von dem Preußischen höchsten Gerichtshofe in neuerer Zeit, allerdings zum Theil unter Bezugnahme auf Bestimmungen des Preußischen Landrechts,

Goltdammer a. a. O. S. 122, 211, 425

als auch vom OAG. zu Dresden

Allg. Ger.-Zeitung f. d. Königr. Sachsen rc. Bd. 1. S. 121

in einem im Jahre 1857 gefällten Erkenntnisse in gleichem Sinne entschieden worden.

Als abgeschlossen dürfte jedoch die Sache noch nicht angesehen werden können, und die sehr von einander abweichenden Resultate, welche man bei der Bestrafung eines Falles erlangt, je nachdem man der einen oder der andern Auffassung beitritt, fordern zur wiederholten sorgfältigen Prüfung auf.

Für die Unterschlagungstheorie, wie ich der Kürze halber die von den zuletzt genannten Spruchbehörden befolgte Ansicht nennen will, bezieht man sich hauptsächlich auf eine Stelle der Pandecten, L. 1. §. 41 depositi (16, 3.), in welcher Ulpian sagt:

Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? Et ait Trebatius, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum. Quod si res ostensae sunt, et sic depositae, adjiciendae sunt et species vestis. Labeo autem ait, eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. Quidergo, si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.

Man argumentirt nun so: die Stelle besagt, der Inhalt

eines verschlossen anvertrauten Behältnisses sei auch Depositum; durch Deposition gelangt der Depositar zur Innehabung des Depositum, folglich erstreckt sich seine Innehabung auch auf den Inhalt der ihm verschlossen anvertrauten Kiste.

Die lex 1. D. depositi ist im ganzen Zusammenhange aus Ulpian's lib. 30 ad edictum entnommen, und man kann daher bei Auslegung der darin gegebenen Entscheidung eines speciellen Falles nicht von ihrem übrigen Inhalte und namentlich nicht von den im ersten Theile vorausgeschickten allgemeinen Grundsätzen absehn, noch auch darf man den Zweck dieser Entscheidungen aus den Augen verlieren. Man hat also eben sowohl in Betracht zu ziehen, daß §. 5 des Gesetzes gesagt wird:

> Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, utputa si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita, nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est,

als daß die zu entscheidende Frage die war, ob der Inhalt der verschlossenen Kiste vermittelst der actio depositi zurückgefordert werden könne, nicht die, ob er als depositum zu betrachten sei.

Wenn Trebatius von dem Satze ausging, es könne nur dasjenige, was wirklich depositum sei, mit der actio depositi reclamirt werden, so erscheint seine Entscheidung ganz folgerichtig, wenn er das Objekt der Klage auf das beschränkt, was ausdrücklich als Gegenstand der Deposition bei der Uebergabe bezeichnet worden. Labeo aber konnte wegen des §. 5 aufgestellten Grundsatzes nur so, wie er es thut, sagen, videri*)

*) Wenn schon bei den Römischen Juristen das Wort videri häufig als gleichbedeutend mit dici, esse, intelligi gebraucht wird, so wird es doch eben so oft auch durch „scheinen" sich übersetzen lassen, und im vorliegenden Falle läßt es sich in einem andern als diesem Sinne kaum auffassen, da es mit der Wirkung einer bloßen Affirmation neben dem deponere vollkommen überflüssig wäre.

deponere, und man kann in der spätern Motivirung seines Ausspruchs durch das: nam suscepit depositum wohl weiter nichts finden, als: die Gegenstände sind in seine Innehabung dadurch gelangt, daß er ein depositum übernahm, ganz entsprechend dem zuvor gebrauchten videri. Ulpian endlich tritt der Entscheidung des Labeo keineswegs allenthalben bei. Er würde, wenn er dies beabsichtigt hätte, sich voraussetzlich einer Wendung der Art, wie sie öfter vorkommt: quod verum est, oder dergleichen, bedient haben. Er substituirt vielmehr dem de rebus eum agere oportet ein et rerum depositi agi posse existimo.

Will ich nun auch zugeben, daß er auch dann hätte sagen können: et rerum depositi agi posse, wenn er den Inhalt der cista als wirkliches depositum betrachtet hätte, weil, wo die bedingenden thatsächlichen Verhältnisse vorhanden sind, auch noch andere Klagen als die actio depositi, z. B. actio furti, die dem Kläger die nämlichen, nach Befinden sogar noch größern Vortheile in Aussicht stellt, als die actio depositi, actio ex lege Aquilia

L. 29 pr. D. depositi (16, 3)

L. 3, 4. Cod. eod. (4, 34)

L. 18 §. 1. D. commodati (13, 6)

und andere behufs der Wiedererlangung deponirter Gegenstände erhoben werden durften; so gebricht es doch an jedem Anhalt dafür, daß die Species facti, die in §. 41 zur Entscheidung gebracht wird, Unterlagen für eine derartige andere Klage geboten hätte, und es ist Ulpian's Entscheidung daher wohl lediglich auf den Fall zu beziehen, in welchem eine der genannten Klagen, oder eine ähnliche, oder eine rei vindicatio dem Sachverhältnisse eben nicht entspricht.

Das Motiv für die Entscheidung, wie sie Ulpian giebt, ist wohl jedenfalls in der Billigkeit zu suchen, welcher dem strengen Formelwesen der Römischen Klagen gegenüber Berücksichtigung geschenkt werden mußte, wenn nicht der Eigenthümer

des Inhalts der verschlossen übergebenen cista in Fällen, in denen die faktischen Unterlagen für eine der vorgedachten Klagen fehlten, jeder Rechtshülfe beraubt sein sollte; es liegt auch wohl zum Theil noch darin, daß der Beweis für den Deponenten vereinfacht und erleichtert wurde, wenn ihm nur der Nachweis angesonnen ward, daß zur Zeit der Deposition der Inhalt der Kiste der von ihm reclamirte gewesen, während er im andern Falle genöthigt gewesen wäre, außer dieser Thatsache auch noch auf irgend welche Handlung oder Unterlassung des Depositar sich zu beziehen, und sie also auch natürlich zu beweisen, durch welche derselbe die Verbindlichkeit zur Zurückgewährung sich aufgebürdet habe, oder förmlich zu vindiciren.

Es ist mir keine Stelle des Römischen Rechts bekannt, in welcher eine gleiche Frage in Bezug auf das commodatum aufgeworfen und beantwortet würde; der Fall kann aber auch hier ganz ähnlich vorkommen, z. B. wenn ein Tisch, in dessen verschlossenem Kasten Gegenstände aufbewahrt sind, zum Gebrauch überlassen worden. Daß diese Gegenstände im Commadat begriffen seien, wird schwerlich jemand behaupten wollen, gleichwohl bezweifle ich nicht, daß Ulpian auch hier in Fällen, in welchen die thatsächlichen Unterlagen für andere Klagen, z. B. die actio furti, ex lege Aquilia u. s. w. fehlen, die Contractsklage zugelassen hätte, denn das einzige, ein Klagerecht erzeugende Verhältniß, in welchem beide Personen zu einander stehen, ist das Commodat.[1]

Es dürfte demnach aus dem oben erwähnten Ausspruche Ulpian's nur so viel zu entnehmen sein, daß man, um die Nachtheile des strengen Formelwesens abzuwenden, die actio depositi auch in Bezug auf solche Gegenstände zuließ, die nicht speciell Object des Depositionscontrakts gewesen waren, keineswegs aber das, was man daraus folgern will, daß der Inhalt einer verschlossen übergebenen Kiste depositum sei.

Sollte ich mich aber hierin irren, wiewohl ich es nicht glaube, und wirklich aus der L. 1. §. 41 hervorgehen, daß der

Inhalt einer verschlossen deponirten Kiste ein wirkliches depositum sei, so darf man doch nicht vergessen, daß nicht beim depositum allein, sondern auch bei anderen Vertragsverhältnissen, z. B. bei commodatum, mandatum, tutela, und auch außerhalb von Vertragsverhältnissen die Innehabung verschlossener fremder Behältnisse vorkommen kann. Hier könnte man sich also höchstens auf eine Analogie der L. 1. §. 41 beziehen, und dies möchte um so bedenklicher fallen, als den demnächst für die Anerkennung der Auffassung des Verbrechens als Diebstahl aufzustellenden Gründen die Beachtung schwerlich zu versagen sein wird.

Es ist allerdings richtig, daß der wesentliche Unterschied zwischen Unterschlagung und Diebstahl darin besteht, daß der Unterschlagende sich eine fremde Sache aneignet, in deren Innehabung er sich bereits befindet, während beim Diebstahl die Innehabung erst durch den verbrecherischen Akt erlangt wird, und eben so richtig ist es, daß das Verhältniß des Aufbewahrenden zu der ihm anvertrauten verschlossenen Kiste sowohl, als zu dem Inhalte der Kiste nicht wohl anders, als durch den Ausdruck Innehabung oder Detention bezeichnet werden kann. Allein unverkennbar besteht zwischen den beiden Innehabungen ein sehr wesentlicher Unterschied.

Dem Inhaber einer anvertrauten Sache ist es rechtlich möglich, **bis** zur unmittelbaren physischen Einwirkung zu gelangen, nur diese Einwirkung selbst ist ihm rechtlich unmöglich, vermöge seiner im Wesentlichen in dieser Negative beruhenden Pflicht als Depositar; erst mit der physischen Einwirkung selbst überschreitet er sein Recht.

Bei der Innehabung des Inhalts eines verschlossenen Behältnisses ist dagegen schon faktisch die Möglichkeit unmittelbarer physischer Einwirkung ausgeschlossen und es bedarf daher nicht einer lex contractus, um sie rechtlich unmöglich zu machen. Die Möglichkeit unmittelbarer physischer Einwirkung wird hier erst durch eine hinzutretende Thatsache geschaffen.

Führt der Aufbewahrende diese Thatsache selbst herbei, mit der Absicht der unmittelbaren physischen Einwirkung zum Zwecke der Aneignung, so gelangt er zur Möglichkeit dieser physischen Einwirkung durch den verbrecherischen Akt selbst, und seine Handlung trägt mithin das Merkmal, durch welches der Diebstahl von der Unterschlagung sich unterscheidet.

Bekanntlich wird nach Römischem Rechte die Uebergabe einer unter Verschluß befindlichen Sache zu Besitz oder Eigenthum mit voller rechtlicher Wirkung durch Uebergabe des Schlüssels zu dem verschlossenen Behältnisse, in welchem der Gegenstand sich befindet, bewirkt,

§. 45. Inst. de rerum divis. (II. 1.)
L. 9. §. 6. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)
L. 1. §. 21. D. de adquir. vel omitt. poss. (41, 2.)
L. 74. D. de contrah. emt. (18, 1.)

und man ist daher vollkommen berechtigt, aus der Zurückbehaltung des Schlüssels auf die Nichtübergabe, auf Vorenthaltung des Besitzes, der Möglichkeit unmittelbarer physischer Einwirkung, zu schließen.

Wenn in der oben allegirten Abhandlung Mittermaiers eines Grundes der Zurückbehaltung des Schlüssels eines deponirten Behältnisses und eines Falles gedacht wird, in welchem ungeachtet der Uebergabe des verschlossenen Behältnisses unzweifelhaft nur Unterschlagung stattgefunden hat, so möchte jener Grund wohl gerade zu den seltensten gehören, und bei dem gedachten Falle komme ich eben auf Grund der vorstehenden Argumentationen zu dem nämlichen Resultate.

Unter ehrlichen, namentlich gebildeten Leuten verbindet man mit dem Verschlusse Seiten des Deponenten meistens wohl die Idee, den Depositar der Verbindlichkeit der Vertretung im weitern Umfange zu entheben, und Seiten des Depositar die der Ablehnung eigener Vertretung und der Sicherstellung gegen mögliche Eingriffe Dritter. Allein als Regel muß man wohl bei Verschluß des zu übergebenden Behältnisses, je nach der Art

des Verschlusses, Sicherung des Inhalts gegen den Depositar oder gegen jeden Dritten, den Depositar mit inbegriffen, betrachten. Man kann wohl Jemand so viel Vertrauen schenken, um von ihm nicht die Aneignung eines größeren Gegenstandes oder die widerrechtliche Eröffnung eines Verschlusses zu erwarten, ohne deshalb mit Sicherheit darauf zu rechnen, das er jeder Versuchung widerstehn werde, die ihm gewährte Möglichkeit der physischen Einwirkung auf kleinere oder werthvollere Dinge zu misbrauchen. Ein solches Verhältniß wird voraussetzlich fast in allen den Fällen Statt finden, in denen die jetzt behandelte Streitfrage zur Entscheidung zu bringen ist.

Was aber den von Mittermaier erwähnten Fall betrifft, so liegt in der Uebergabe des Schlüssels zum verschlossenen Schranke die Gewährung der Möglichkeit der unmittelbaren physischen Einwirkung, deren Ausübung nur rechtlich unmöglich gemacht wird durch die lex contractus; für den Inhaber des Schlüssels ist aber das Behältniß eben nicht verschlossen.

Wenn man nun einen Vergleich zwischen der Strafwürdigkeit der Erbrechung eines zur Verwahrung erhaltenen Behältnisses und der Erbrechung eines im fremden Gewahrsam befindlichen ziehen, das heißt auf das Rechtsgefühl provociren will, das neben der objectiven auch die subjective Seite des Verbrechens und zwar vorzugsweise die letztere, in's Auge zu fassen pflegt; so bezweifle ich sehr, daß der gebildete Laie behaupten möchte, die Entwendung eines Gegenstandes unter Misbrauch des geschenkten Vertrauens sei weniger strafbar, als die Entwendung desselben Gegenstandes aus fremdem Gewahrsam. Auch die Gesetzgebung, mindestens in Sachsen, stellt die Strafbarkeit des einfachen Diebstahls der der einfachen Unterschlagung (Art. 289. 2.) gleich und erkennt dadurch im Prinzipe die Berechtigung dieses Urtheils an.

Man kann allerdings annehmen, daß die Entwendung eines Gegenstandes aus fremdem Gewahrsam in der Regel größere geistige und körperliche Thätigkeit erfordert, als das Vergreifen

an einem Gegenstande, zu dessen Erlangung es nicht erst des Eingehens in fremden Gewahrsam bedarf, und es läßt sich bei Bemessung des Grades des bei einem Verbrechen wirksamen verbrecherischen Willens nicht ganz davon absehn, ob Seiten des Verbrechers ein größerer Aufwand geistiger und körperlicher Thätigkeit und Kraft nothwendig gewesen ist. Allein mindestens eben so viel Gewicht ist darauf zu legen, ob die Umstände dem Verbrecher mehr oder minder das Rechtsverletzende seiner Handlung zu vergegenwärtigen geeignet waren. Je mehr sich das Sein in fremdem Eigenthume bei einem Gegenstande zu erkennen giebt, desto mehr muß der Dieb sich dessen bewußt werden, daß er fremdes Eigenthum verletzt; die möglichen Folgen seiner That werden ihm bei mehr zeitraubender Ausführung des Verbrechens klarer vor die Seele treten und desto mehr wird es der Festigkeit des verbrecherischen Willens bedürfen, um das natürliche Gefühl für Recht und die Furcht vor den Folgen der That zu übertäuben. Gewiß wird niemand den härter strafen wollen, der einen schweren Balken oder Stein entwendet, als den, der den gleichen Werthbetrag in einem oder einigen Münzstücken stiehlt, und das Gesetz selbst zeigt wie untergeordneten Werth es auf das Maas der aufgewendeten körperlichen Kraft oder Anstrengung legt, wenn es uns anweist, denjenigen, der unter Zerdrückung einer schwachen Glasscheibe einen Gegenstand aus einer Stube entwendet, härter zu bestrafen, als den, der einen meilenweiten Weg zurücklegt, um denselben Werthbetrag aus einem unverwahrten Raume zu stehlen.

Ich glaube noch einiges Gewicht darauf legen zu dürfen, daß, obwohl Fälle der eben besprochenen Art nicht allzuselten vorgelegen haben, dennoch unsere Gesetzgebung*) eine Be-

*) Die Sächsische Const. 41. pte IV. von 1572 belegte den Boten dem Geld über Land zu tragen anvertraut war, mit der nehmlichen Strafe wenn er „dasselbige stehlen, damit entlaufen oder es in anderm Wege betrüglich entfernen würde“ es mochte ihm „versiegelt oder unversiegelt“ übergeben sein. Daß das Gesetz das Wort „stehlen“ dem „versiegelt“ und den

stimmung darüber nicht enthält. Man hätte, wie in andern Gesetzgebungen geschehn,*) seiner besonders erwähnen und ihn, wenn man ihn als Unterschlagung betrachtete, der schwersten Gattung der Unterschlagungen beizählen können (289. 1.), denn wenn man ihn als Unterschlagung behandeln will, so unterscheidet er sich von der gemeinen Unterschlagung (289. 2.), vorausgesetzt daß die Qualificationsgründe in Art. 278. 1^b und 2. vorliegen, genau eben so, wie der durch Erbrechung oder der durch Diebesinstrumente verübte Diebstahl vom einfachen. Nur dann lag keine Veranlassung zur besondern Erwähnung des Falles vor, wenn man ihn aus dem Gesichtspunkte des ausgezeichneten Diebstahls betrachtete.

Noch möchte ich darauf aufmerksam machen, daß die Entscheidung im Sinne der Unterschlagungstheorie sich in principiellen Widerspruch mit der Beurtheilung setzen würde, welche nach der neuern Praxis des O.A.Gerichts der Fall findet, wenn ein Dieb ein verschlossenes Behältniß, bevor er es erbricht, aus dem Gewahrsam des Bestohlenen gebracht hat. Nähme man an, der Dieb sei durch Ergreifung des Behältnisses schon zur Innehabung des Inhalts gelangt, so müßte man den Diebstahl als vollbracht betrachten, sobald das Behältniß ergriffen oder aus dem Gewahrsam des Bestohlenen entfernt worden ist, und also, weil diese Entfernung durch den qualifizirenden Umstand nicht herbeigeführt ist, als einen einfachen, wie die frühere Praxis es that. Man befolgt aber jetzt**) die ganz richtige Ansicht, daß der Dieb durch Fortschaffung des Behältnisses nicht die Innehabung (im engern Sinne) des Inhalts d. h. die Möglichkeit unmittelbarer physischer Einwirkung erlangt,

---

Ausdruck „betrüglich entfernen" dem „unversiegelt" habe gegenüberstellen wollen, ist wohl kaum anzunehmen.

*) Das Baiersche Strafgesetzbuch gedenkt des Falles im zweiten Satze des 230. Artikels, und, obwohl es ihn im Allgemeinen und als Unterschlagung auffaßt, beurtheilt es ihn doch in so fern strenger, als es schon in der Erbrechung die Vollendungshandlung annimmt.

**) vergl. Annalen 1. Bd. 3. Heft. S. 260.

sondern daß er sich nur in die Lage versetzt, durch Erbrechung die Innehabung im engern Sinne erlangen zu können, mit der Ergreifung des Behältnisses also die Innehabung der darin verschlossenen Gegenstände noch nicht erlangt, der Diebstahl mithin noch nicht vollendet ist.

Schließlich soll an einigen Fällen der Einfluß gezeigt werden, welchen die Beurtheilung nach der einen oder der andern Theorie auf die Strafabmessung ausübt.

1) A. übergiebt dem B. sein verschlossenes Behältniß zur Aufbewahrung, B. erbricht es und entwendet daraus 50+X. Thaler.

2) A. übergiebt sein verschlossenes Behältniß Lastträgern, um es an irgend einen bestimmten Ort zu schaffen; die Lastträger schaffen es irrthümlich in die Wohnung des eben abwesenden B.; dieser findet es nach seiner Rückkehr, erbricht es und entwendet daraus 50+X.Thaler.

3) A. übergiebt dem B. sein verschlossenes Behältniß zur Aufbewahrung, das Behältniß ist oder wird schadhaft und es fallen heraus 50+X.Thaler; B. eignet sich dieselben zu.

Nach der Unterschlagungstheorie wird in den beiden Fällen sub 1 und 3 nach Art. 289. 2. verb. mit 276 sub 3 auf Arbeitshaus bis zu vier Jahr erkannt werden können; im Falle unter 2, auf Arbeitshaus bis zu zwei Jahr nach Art. 276. 3., wenn nicht in Mangel eines Antrags gar Straflosigkeit einzutreten hat.

Nach der Diebstahlstheorie ist in den Fällen unter 1 und 2 nach Art. 278. 1b. und sub c. auf Zuchthausstrafe bis zu sechs Jahren zu erkennen, im Falle unter 3 dagegen auf Grund von Art. 289 unter 3 nur auf Arbeitshaus bis zu zwei Jahren, wenn Strafe überhaupt beantragt ist.

Nimmt man nun an, daß die im Gesetz für den qualificirten Diebstahl festgesetzte Strafe den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht, so wird man auch wohl zugeben müssen, daß für das Rechtsgefühl zwischen dem unbestrittenen Falle des

ausgezeichneten Diebstahls und den vorstehend unter 1 und 2 angeführten kein so erheblicher Unterschied existirt, daß dadurch die ungleich gelinderen Strafen, zu denen die Anwendung der Unterschlagungstheorie nothwendig führt, als gerechtfertigt erscheinen könnten, und daß also auch von diesem Gesichtspunkte aus die im Vorstehenden vertheidigte Diebstahlstheorie sich empfiehlt. Das Rechtsgefühl allein darf allerdings die richterliche Entscheidung nicht motiviren, weil die Provokation auf dasselbe häufig nur das Bekenntniß ausdrückt, daß man der Gründe für eine Rechtsmeinung sich nicht klar bewußt ist; der Richter wird aber der beruhigenden Ueberzeugung von der Gerechtigkeit seines Urtheils sich nicht leicht hingeben können, wenn mit den Ergebnissen seiner juristischen Prüfung das Rechtsgefühl in Widerstreit tritt. So wichtig für die Beurtheilung von Eigenthumsverbrechen die Bestimmungen des Civilrechts auch sind, und so erfreulich es mithin ist, wenn der Strafrichter zeigen kann, daß er in den Quellen des Civilrechts wohl bewandert ist, so sollte man doch Bedenken tragen, die Aussprüche römischer Juristen, oder vielmehr die Deutung, die man denselben geben kann, auf Verhältnisse anzuwenden, die bei dem Ausspruche nicht in Frage waren und nicht in Frage sein konnten, und Entscheidungen darauf zu gründen, die dem gebildeten Nichtjuristen geradezu unbegreiflich sind.

Um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als führe die von mir im Vorstehenden vertheidigte Ansicht dahin, jede Entwendung einer unter Verschluß anvertrauten Sache als qualificirten Diebstahl (Art. 278. 1b. und 2.) aufzufassen, muß ich darauf aufmerksam machen, daß man den Begriff des verschlossenen Behältnisses und den Begriff der Erbrechung nicht zu weit ausdehnen darf.

Behältniß ist eine Vorrichtung, in deren innerem Raume Gegenstände aufbewahrt, behalten werden sollen. Im Aufbewahren spricht sich der Wille aus, einen Gegenstand eine wenigstens relativ längere Zeit hindurch zu haben, und um diesem

Zwecke zu genügen, muß das Behältniß so beschaffen sein, daß es den in ihm niedergelegten Gegenstand gegen äußere Einwirkungen sicher zu stellen vermag.

Verschlossen aber nennt man ein Behältniß, wenn seine Theile entweder dergestalt zu einem Ganzen vereinigt sind, daß ohne Verletzung seiner Substanz zu seinem Inhalte nicht zu gelangen ist, oder wenn an ihm eine Vorrichtung angebracht ist, die das ordnungsmäßige Oeffnen durch den Gebrauch eines besonders dazu bestimmten Werkzeugs bedingt.

Der Zweck des Verschließens des Behältnisses muß, so viel er strafrechtlich in Betracht gezogen werden kann, in dem Schutze gegen fremde Eingriffe bestehn. Wie dieser Satz schon vor dem Erscheinen des Strafgesetzbuchs durch die Praxis des O.A.Gerichts anerkannt war,

vgl. Held und Siebdrat zu Art. 230 d. Cr.G.B. S. 315
Weiß, Cr.G.B. 2. Ausg. S. 604 f. zu I. 1

so hat er in der Bestimmung unter 1b. des 278. Artikels des StGB. besondere Anerkennung gefunden.

Je nachdem Eingriffe von gewissen Personen unter gewissen Verhältnissen oder in größerer Allgemeinheit als möglich zu denken sind, kann und wird auch der Verschluß in verschiedener Weise bewirkt werden. In Fällen, in denen dem Eigenthümer des verwahrten Gegenstandes diejenige Person bekannt ist, durch welche ein Eingriff vorgenommen werden könnte, und diese Person wiederum weiß, daß der Verdacht eines geschehenen Eingriffs zunächst auf sie fallen müßte, bedarf es in der Regel nur eines solchen Verschlusses, der als mechanisches Hinderniß wenig oder gar nicht in Betracht kommt, und nur vorzugsweise geeignet ist, die Vorstellung vom Verbrecherischen des Eingriffs zu befördern und dadurch den verbrecherischen Willen zurückzudrängen, während da, wo derjenige, der als Urheber des Eingriffs gedacht werden kann, dem Eigenthümer unbekannt ist, wo sich mithin nicht darauf rechnen läßt, daß Furcht vor Entdeckung erheblich zur Unterdrückung des verbrecherischen

Willens mitwirke, das mangelnde moralische Gegengewicht durch physische Hindernisse ersetzt werden muß.

Im 278. Artikel des Str.G.Buchs hat nun aber der Gesetzgeber höchst wahrscheinlich nicht die erste beschränktere Art der Sicherstellung, sondern die letztere umfassendere Art im Auge gehabt. Es folgt dies wohl daraus, daß die Bestimmungen auf Diebstahl sich beziehen, mithin auf diejenigen Fälle, in denen in der Regel die Gefahr des Eingriffs nicht von bestimmt gedachten Personen, sondern im Allgemeinen vorausgesetzt werden muß, wo es also darauf ankommt, dem Eingriffe ein physisches Hinderniß entgegenzustellen.

Unter Erbrechung verstand schon vor dem Erscheinen des Strafgesetzbuchs die Praxis des OAG. eine solche Eröffnungsweise, welche mit Verletzung der Substanz des Behältnisses oder des mechanisch hergestellten Zusammenhanges seiner Theile verbunden ist,

vergl. Held und Siebdrat zu Art. 230. S. 316 zu A. Weiß a. a. O. S. 607 zu III.

und da die Richtigkeit dieser Bestimmung zu keinem Zweifel Anlaß bietet, so muß das Wort Erbrechung im 278. Artikel des Str.G.Buchs unstreitig im nämlichen Sinne aufgefaßt werden.

Allerdings wurde schon in der ältern Praxis ein bestimmter, namentlich ein höherer Grad der Gewaltanwendung bei der strafbaren Erbrechung nicht erfordert, und man wurde dabei wohl hauptsächlich durch die Erwägung geleitet, daß das Gepräge der Widerrechtlichkeit, welches die theilweise Zerstörung des Behältnisses bei der Erbrechung an sich trägt, auf die Vorstellung vom Verbrecherischen der Handlung mindestens eben so stark einwirke, als die Nothwendigkeit der Ueberwindung eines verhältnißmäßig größern physischen Widerstands. Es tritt aber die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit der Zerstörung des Behältnisses da gänzlich in den Hintergrund, wo die ordnungsmäßige Eröffnung des Behältnisses eben auch

nur durch dieselbe Art der Zerstörung des Behältnisses erfolgen kann, und es läßt sich wohl aus der Analogie der Vorschrift des 278. Artikels unter 2. die Annahme rechtfertigen, daß, wo nicht ausschließlich, doch vorzugsweise solche Erbrechungen durch die Bestimmung sub 1. getroffen werden sollen, welche nicht zugleich ordnungsmäßige Eröffnung von Behältnissen sind.

Es ist ein nicht eben selten vorkommender Fall, daß die Aneignung fremden Eigenthums durch Eröffnung von Siegeln vorbereitet wird. Es ist zwar unstreitig oftmals bei Entscheidung solcher Fälle der Zweifel aufgetaucht, ob einfacher oder ausgezeichneter Diebstahl vorliege, allein unter der großen Anzahl von Präjudizien, die sich im Weiß'schen Commentar und in den Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht vorfinden, ist nicht ein einziges, welches des Falles als eines ausgezeichneten Diebstahls Erwähnung thut, und es ist mithin für die sächsische Praxis wohl die Ansicht als die gewöhnliche zu betrachten, daß Versiegelung nicht als Verschluß im Sinne des Art. 278 des Str.G.Buchs betrachtet werden kann. Es rechtfertigt diese Meinung sich auch durch die Erwägung, daß beim Versiegeln eines Gegenstandes nicht sowohl ein mechanisches, als vielmehr ein moralisches Sicherungsmittel angewendet ist. Das Auftropfen von Siegellack bildet keinen solchen Widerstand gegen äußere Angriffe, daß derjenige, welcher es vornimmt, dadurch diejenige allgemeinere Sicherung herzustellen glauben oder beabsichtigen kann, welche der Gedanke an die Möglichkeit eines diebischen Angriffs erheischt; das Aufdrücken des Siegels vermehrt aber den mechanischen Widerstand nicht, es kann nur dazu dienen, die Idee des Eigenthums stärker hervorzuheben, und dadurch auf den verbrecherischen Willen ablenkend einzuwirken. Ein Briefcouvert, wie es zumeist in Frage kommt, ist auch kein eigentliches Behältniß, es dient vorübergehend zum Schutze seines Inhalts gegen äußere Einflüsse, aber nicht zur Bewahrung, zum Behalten, und schon sein Material ist nicht von solcher

Beschaffenheit, daß man bei seinem Gebrauche glauben könne, eine Sicherung gegen fremde Eingriffe herzustellen.

Es ist in neuester Zeit mir ein Fall bekannt worden, in welchem das erkennende Gericht erster Instanz den Angeklagten, der aus einem ihm versiegelt zur Abgabe an eine dritte Person eingehändigten Briefe Geld entwendet hatte, des ausgezeichneten Diebstahls, der in zweiter Instanz erkennende Gerichtshof dagegen unter Hinweisung auf das oben erwähnte in der Gerichtszeitung abgedruckte Erkenntniß des OAG. der Unterschlagung schuldig geachtet hatte. Ich halte beide Entscheidungen für unrichtig; die erste, insofern sie ausgezeichneten Diebstahl statt einfachen, die letzte, insofern sie statt einfachen Diebstahls Unterschlagung annahm, und dabei sich auf eine das Dasein eines depositi voraussetzende Argumentation berief, während in dem zu entscheidenden Falle kein Deposital-, sondern ein Mandats-Verhältniß vorlag.

Präjudizien.

I. Zu dem Strafgesetzbuche.

(Fortsetzung von Heft 5. S. 421.)

57.

Früher erlittene polizeiliche Strafen begründen keine Rückfälligkeit (Art. 82. StGB.).

Erk. vom 20. Januar 1860 no. 58/29 d. J.

Die in Art. 82 des StGB. — welche Strafbestimmung das Gericht allein im Sinne gehabt haben kann — enthaltenen Worte: „Wenn Jemand wegen eines begangenen vorsätzlichen Verbrechens bereits Strafe verbüßt hat" sind ebenso, wie es früher rücksichtlich der entsprechenden Worte des Art. 58 des CrGB. der Fall war, lediglich auf eine solche Strafe zu beziehen, die auf einer Vorschrift des StGB. beruht. Die von der Angeklagten erlittenen polizeilichen Strafen vermögen daher als solche keinen Rückfall zu begründen. Die derselben nach Bl. unter 4 früher auferlegte, an sich den Rückfall nach sich ziehende Strafe aber hat sie noch nicht angetreten, mithin ist sie in keiner Beziehung im Sinne von Art. 82 des StGB. rückfällig und mit der Strafe des Rückfalls zu belegen.

58.

Die Bestimmung im Schlußsatze von Art. 114 des StrGBuchs leidet auch auf den Fall Anwendung, wenn die Einleitung oder Fortstellung des Verfahrens von dem Ausgange einer andern Untersuchung abhängig ist.

Erk. vom 14. Decbr. 1859 no. 1304/1318 d. J.

Daß die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde in Erwägung, daß, wenn die Einleitung und Fortstellung der Untersuchung eines Vergehens von dem Ausgange einer andern Untersuchung abhängt und davon, wie in dem vorliegenden Falle, abhängig gemacht worden ist, der Natur der Sache nach und schon nach allgemeinen Rechtsprincipien die Verjährung des betreffenden Vergehens bis zum Eintritte des gedachten Zeitpuncts ruht, und die Bestimmung im Schlußsatze des Art. 114 des StrGBuchs demnach keineswegs blos auf Civilprocesse zu beschränken, sondern bei der völligen Gleichheit des Grundes auch auf Criminalprocesse und sonstige zur Entscheidung in der sistirten Untersuchung erforderliche Erörterungen in Anwendung gebracht werden muß, hieraus aber die Unrichtigkeit der Ansicht des Denunciaten, daß die wider ihn erhobene Privatanklage für verjährt zu erachten sei, von selbst folgt, als unbegründet zu verwerfen.

59.

Ueber den Begriff „Gefangene" in den Artikeln 152—154. StGB.*)

Erk. v. 30. Decbr. 1859 no. 1253/1319 d. J.

Es folgt aus der Fassung der Artikel 152—154, daß darauf, wer dem Andern seine Freiheit entzogen, etwas nicht ankommen soll, vorausgesetzt nur, daß eine Berechtigung dazu vorhanden ist. Gewährt ein solches Befugniß der Art. 79 der Str. P. O. in Verbindung mit den betreffenden Dienstinstructionen den Dorfgerichtspersonen, den Gendarmen und den sonst mit der Sicherheitspolizei beauftragten Beamten, so giebt ferner der Art. 80 jedem Privat-

*) Vergl. diese Annalen S. 264 no. 20.

manne das Recht, einen auf der That oder auf der Flucht betroffenen Verbrecher anzuhalten. Der von einer Privatperson auf der That ergriffene Verbrecher muß somit nach der Meinung des OAG. ebenfalls als Gefangener im Sinne der mehrangezogenen Artikel des Str. Ges. B. erachtet werden. Der Art. 160 der Str. Pr. O. steht mit dieser Meinung keineswegs im Widerspruch. Nur zu dem Zweifel könnte nach Befinden der Art. 160 die Veranlassung abgeben, ob bei einer von einer Privatperson angekündigten, nicht also thatsächlich bewirkten Haft, letztere vom Augenblicke der Ankündigung zu rechnen sei.

Der Verletzte H. hatte jeden Falles das Recht, den Dieb der Früchte festzunehmen. Er nahm ihn fest und machte ihn zu seinem Gefangenen im Sinne der Art. 152—154 des Str. G. B. Ein gleiches Verhältniß fand bei dem zweiten Ergriffenen statt, zu dessen Anhaltung H., wenn er ihn auch irriger Weise für den Dieb anfänglich genommen, doch im Hinblick darauf, daß der Angehaltene bei der gewaltsamen Befreiung des Diebes mitgewirkt, berechtigt war. Beide Gefangene — denn beide waren von einer hierzu gesetzlich ausdrücklich berechtigten Person bereits festgenommen — wurden gewaltsam befreit, und es machten sich daher diejenigen, welche dies bewirkten, des Verbrechens im Art. 154. 1. schuldig. Daß hierbei derjenige, welcher sich vielleicht auch nicht selbst thätlich an dem Verletzten H. verging, dessenungeachtet als Miturheber bestraft werden muß, ist von der ersten Instanz bereits überzeugend dargethan worden, so daß es dahingestellt bleiben kann, ob die bestimmte Annahme, daß bei dem Vorfalle Nr. 3. Beide, welche den Gefangenen befreiten, auf H. losgeschlagen, in Hinblick auf dessen Zeugniß Bl. als ganz unbedenklich erscheine. Hätte übrigens der Gefangene selbst bei seiner Befreiung durch Anwendung von Gewalt mitgewirkt, so würde auch er nicht nach Art. 143, sondern nach Art. 153 zu beurtheilen gewesen sein. Denn nur die Selbstbefreiung ohne Gewalt gegen Personen und ohne Bedrohung mit solcher ist, von dem Gesichtspuncte der Befreiung aus betrachtet, criminell nicht strafbar und unterliegt nach Befinden, d. h. für den Fall, daß der Gefangene bereits detinirt ist, blos den Vorschriften der Gefängnißdisciplin (Art. 152, 1. Abschn.).

60

Die Straflosigkeit der Erwiederung einer Beleidigung wird nicht nothwendig dadurch bedingt, daß der Erwiedernde der unmittelbar Beleidigte ist (zu Art. 243. StGB.).

Erk. v. 4. Jan. 1860 no. 1371/1390 v. 1859.

Der Sachwalter des Privatanklägers hat die Anwendbarkeit des 243. Artikels des StGB. auf den vorliegenden Fall aus dem doppelten Grunde bestritten, weil der Angeklagte nicht der unmittelbar Beleidigte und deshalb zu einer Erwiederung der nicht seine Person betroffen habenden Beleidigung nicht berechtiget sei, und weil die dem Angeklagten zur Last fallende Beleidigung die ihm, dem Privatankläger, beigemessene erheblich übersteige.

Es wird daher erforderlich, zuvörderst die der Entscheidung der vorigen Instanz zum Grunde liegende thatsächliche Feststellung, welche für die gegenwärtige Entscheidung allein maaßgebend, einer genauen Prüfung zu unterwerfen.

Das an den gedachten Actenstellen bezeichnete, bei der in Rede stehenden Gelegenheit beobachtete Verfahren des Privatanklägers gegen die Ehefrau des Angeklagten und ein Mädchen, das unter des Letzteren Schutze stand, muß in seinem ganzen Umfange in Betracht gezogen werden, da es gleich vom Anfange an als ein zudringliches und unanständiges sich dargestellt hat, längere Zeit fortgesetzt worden und in eine wörtliche Beleidigung gegen die Ehefrau des Angeklagten und dahin ausgeartet ist, daß N. auf das Kleid jenes Mädchens ein glimmendes Schwefelhölzchen geworfen und sodann darauf gespuckt hat.

Dies geschah an einem öffentlichen Orte, woselbst Concert abgehalten wurde.

Die auf Veranlassung R.'s durch den Wirth erfolgte Wegführung N.'s war fruchtlos, vielmehr kehrte dieser wieder zurück und begann sein unanständiges Verhalten auf die bezeichnete Weise.

Bei dieser Sachlage kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dem Angeklagten nicht blos die Berechtigung zustand, sondern auch die moralische Verpflichtung oblag, die seiner Obhut anvertrauten Frauen vor den Schmähungen und Behelligungen des

Privatanklägers, der sich im Zustande der Trunkenheit befand und immer frecher wurde, zu schützen, und zwar um so mehr selbst zu schützen, als es nach der Feststellung Bl. an einer wirksamen gesetzlichen Hülfe ermangelte.

Daß dem Angeklagten nicht die Berechtigung zusteht, wegen der dem gedachten Mädchen von N. zugefügten Beleidigung Anklage zu erheben, ist gewiß, allein diese Berechtigung ist von der der Erwiederung einer Beleidigung völlig unabhängig. Die letztere ist kein Ausfluß aus jener und umgekehrt. Die Sachlage allein entscheidet, ob eine Beleidigung als eine Erwiederung mit der im 243. Art. des StrGB. ausgesprochenen Wirksamkeit betrachtet werden kann, oder nicht. Zu den Fällen, in denen eine derartige Erwiederung zulässig, gehört der vorliegende aus den oben angegebenen Gründen.

Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Erwiederung die vorausgegangene Beleidigung von Seiten N.'s erheblich übersteigt.

Der Angeklagte hat zwar zugestanden, daß er den Privatankläger „hinausexpedirt", einen dummen Jungen genannt, ihm eine Ohrfeige gegeben und Stockschläge in Aussicht gestellt habe, eine Handlungsweise, welche an sich betrachtet den Charakter einer starken Beleidigung an sich trägt. Allein es steht dem Angeklagten zur Seite, daß der Privatankläger selbst zu einem nachdrücklichen Einschreiten Veranlassung geboten hat. Des Letzteren mehrmalige Rückkehr, nachdem er von dem Wirthe und dem Angeklagten hinweggebracht worden war, seine fortgesetzte Behelligung und nachmalige Beschimpfung der Ehefrau des Angeklagten und des gedachten Mädchens in der angegebenen Weise machte gegen den trunkenen Ruhestörer ein kräftiges Einschreiten nothwendig, und entschuldigt die von dem Angeklagten angewendeten Mittel, wodurch er die Seinigen vor dem Andringlinge geschützt hat.

Auch hierbei, wie überhaupt bei der Beantwortung der Frage, ob die sofort erwiederte Beleidigung die vorausgegangene Beleidigung erheblich übersteige, sind die besonderen Verhältnisse, unter welchen die Beleidigungen stattgefunden haben, und zwar in ihrem ganzen Umfange, in Betracht zu ziehen. Der Privatankläger hat besonders hervorgehoben, daß ihm jene Beleidigung an einem öffentlichen Orte

widerfahren sei, dabei jedoch übersehen, daß sein, diese Beleidigung provocirendes ungehöriges Verhalten an derselben Stelle stattgefunden hat.

Das OAG. stimmt daher dem B.-G. bei und erachtet die Verhältnisse von der Art, daß sie die an sich allerdings starke Erwiederung dennoch unter die Bestimmung in Art. 243 des StGB. subsumiren und als straflos erscheinen lassen.

61.

Fortgesetzte Unterschlagung.

Erk. v. 4. April 1860 no. 1440/1389 v. 1859.

Es genügt für den gegenwärtigen Zweck, daß, nach L.'s zur Zeit nicht widerlegtem, auch nicht schlechthin unglaubwürdigem Anführen Bl., mindestens auf die ersten Unterschlagungen der Begriff des fortgesetzten Verbrechens Anwendung erleidet. Wie solcher überhaupt unter allen Eigenthumsverbrechen bei der Unterschlagung immer die meiste Geltung finden wird, so war im gegenwärtigen Falle der Angeschuldigte durch den ihm Bl. ertheilten Auftrag in der Lage, mehrere Hundert Thaler an Kosten, vermöge des daselbst erwähnten Kostenpatents, durch seine Hände laufen zu sehen. Wenn er sich nun, seiner Behauptung Bl. zufolge, schon bei Unterschlagung der ersten 8 Thlr. und mindestens ferner bei den allernächsten Posten sogleich vornahm, mit Hülfe neueingehender Gelder die früheren Unterschlagungen wieder zu decken, so war er sich gleich Anfangs der Nothwendigkeit einer ganzen Reihe von Unterschlagungen hinsichtlich der allmählig in seine Hände gelangenden Kostenbeträge bewußt, und man kann daher wohl annehmen, daß die einzelnen Unterschlagungen in ein solches Verhältniß zu einander getreten seien, welches zu Statuirung eines fortgesetzten Verbrechens berechtiget.

62.

Wenn das Verbrechen der widerrechtlichen Benutzung (Verpfändung) fremden Eigenthums durch eine spätere Handlung des Verbrechers in das Verbrechen der Unterschlagung übergeht, so ist für die Strafabmessung beim letztern Verbrechen derjenige Werth maaßgebend, den das Objekt hatte, als die die Unterschlagung begründende Handlung vorgenommen wurde.

Erk. v. 30. December 1859 no. 1215/1253 d. J.

Das vorige Erkenntniß hat es dahingestellt gelassen, ob Inculpat gleich von vorn herein die Absicht, über die Substanz des Gewehres zu verfügen, gehabt habe und als gewiß nur soviel angenommen, daß die Unterschlagung im Juni 1858, wo T. E.'n, welchem er zuvor das Gewehr verpfändet gehabt, ausdrücklich die Erlaubniß zum Verkaufe desselben gegeben, vollbracht worden sei. Hieraus hat der Angeschuldigte nicht mit Unrecht gefolgert, daß der Werth, welchen das Gewehr zu dieser Zeit gehabt, entscheidend gewesen.

Wenn nun derjenige, in dessen Gewahrsam zu dieser Zeit das Gewehr sich befunden, besage Bl. versichert hat, daß es seiner Ansicht nach damals nur 5 Thlr. 20 Ngr. werth gewesen, und wenn man kein Bedenken gefunden, denselben zur eidlichen Bestärkung seiner Aussagen zu lassen, so hat es auch nicht gerechtfertigt geschienen, einen höheren Betrag der Bestrafung zu Grunde zu legen.

63.

Auch auf Versuch des Diebstahls leiden die Bestimmungen von Art. 300. StGB. Anwendung.

Erk. v. 2. Januar 1860 no. 1378/1381 v. 1859.

Das OAG. findet keine Veranlassung, von der von ihm seit dem Eintritte der Gültigkeit des Str.Ges.B. beständig befolgten, in mehren, zum Theil auch zur Veröffentlichung gediehenen Fällen entwickelten Ansicht, wonach die Festsetzungen des Art. 300 des Str.Ges.B. auch auf den Versuch der daselbst bezeichneten Verbrechen Anwendung finden, zurückzugehen.

64.

Leichtsinniges Aufborgen in Vergleichung mit Betrug (Art. 309 und 286. StGB.).

Erk. vom 9. Januar 1860 no. 1370/1397 v. 1859.

Die Abschnitte 1 u. 5 Art. 286 und Art. 309 des Str.Ges.B. hervorgehobenen Vergehen sind sich allerdings nahe verwandt. Allein, wenn sie auch darin sich gleich sind, daß sie dem objectiven Thatbestande nach insgesammt auf eine Verletzung oder Gefährdung des Vermögens Anderer hinauslaufen, so sind sie doch ihrem subjectiven Thatbestande nach wesentlich von einander verschieden. Bei dem leichtsinnigen Aufborgen — Art. 309 — ist der Darleihende Willens, die bei Eingebung der Verträge übernommenen Zahlungsverbindlichkeiten zu erfüllen und wird, sobald ihm dieß unmöglich fällt, nur insofern strafbar, als sich herausstellt, daß er schon von Haus aus über die Frage, ob er den Willen, seinen Gläubigern gerecht zu werden, auch wirklich zu bethätigen im Stande sein werde, leichtsinniger Weise sich hinweggesetzt haben müsse. Das Strafbare dieser Handlungsweise liegt in der aus ihr herausspringenden, Andern zum Nachtheil gereichenden Culpa. Deshalb sind auch diese Vergehen, bei denen übrigens die Verletzten meistentheils den Verlust, den sie erleiden, sich selbst mit zuzuschreiben haben, den amtshalber zu untersuchenden Eigenthumsverbrechen nicht beigezählt worden, und die Strafen, welche deshalb das Gesetz androht, viel gelinder als bei den letzteren, mit denen es der Gesetzgeber schon um des zugleich mit gefährdeten Gemeinwesens willen nicht so leicht nehmen durfte. Anders gestaltet sich die Sache, wenn einem derartigen Vertrage eine Täuschung zu Grunde gelegen hat, gleichviel worauf es bei dieser Täuschung abgesehen gewesen ist, ob blos darauf, Geld und Geldeswerth auf Credit zu erhalten, oder auf Erlangung des Vertragsgegenstandes, ohne dem Andern dafür sich verbindlich machen zu wollen. In dem einen wie in dem andern Falle ist die Handlungsweise eine dolose, unterscheidet sich also schon dadurch von dem als blos culposes Vergehen sich charakterisirenden leichtsinnigen Aufborgen, obschon bei dem Creditbetruge der Dolus nicht soweit geht, als da, wo, um sich einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, der Vertrag überhaupt nur zum Scheine eingegangen worden ist.

Bei dem ersteren Vergehen ist die Absicht des Täuschenden nicht, wie bei dem letzteren, darauf gerichtet, dem Getäuschten das Vertragsobject zu entziehen; er will sich verbindlich machen und täuscht nur, um den Andern zu Eingehung des Vertrags zu bestimmen. Die absichtliche Gefährdung des Getäuschten ist's, was eine solche Handlungsweise strafbar macht, daher denn auch die Strafen dafür, wie der Gefährdete auf eine solche anträgt, nach der Größe der daraus für den Betrogenen erwachsenen Gefahr oder seines etwaigen Verlustes bemessen werden soll. (Art. 286, Abschn. 5.)

Dagegen sind die im täglichen Verkehre gerade am häufigsten vorkommenden Eigenthumsverletzungen, bei denen die Form eines Vertrags als Täuschungsmittel benutzt worden ist, mit Recht als solche, an deren Bestrafung der Staat, gleich wie bei jedem andern seiner Fürsorge für Aufrechterhaltung von Treue und Glauben entgegentretenden gemeinen Betruge, ein Interesse hat, bezeichnet worden. (Abschnitt 1, Art. 286.)

Aber ungeachtet dieser von der Theorie an die Hand gegebenen unterscheidenden Kennzeichen ist es zuweilen doch schwer, in concreto zu bestimmen, welches dieser so eben geschilderten verwandten Verbrechen eigentlich vorliege. Es ist natürlich, daß diejenigen, welche Andere durch einen blos zum Scheine eingegangenen Vertrag verletzt haben, um sich zu rechtfertigen oder um ihr betrügerisches Beginnen wenigstens minder strafbar erscheinen zu lassen, meistens behaupten werden, entweder, daß sie wirklich die ernstliche Absicht gehabt hätten, sich dem Mitcontrahenten zu verpflichten, oder daß es ihnen bei der Täuschung der Anderen nur darum zu thun gewesen sei, sich für den Augenblick Credit zu verschaffen. Um zu beurtheilen, ob und in wie weit einem solchen Vorgeben Glauben beizumessen ist, muß, wie bei jedem anderen Verbrechen, hinsichtlich dessen vom Thäter keine bestimmte Auskunft über seine Willensrichtung zu erlangen gewesen ist, zunächst aus den bei der That vorkommenden Umständen, auf den Gesinnungszustand des Beschuldigten, womit er die That vollbrachte, geschlossen werden, und an der Zuverlässigkeit des Ergebnisses, zu welchem man bei dieser Zurückführung der That auf den Willen des Urhebers derselben gelangt, wird um so weniger zu zweifeln sein, als es zugleich der Subjectivität des Beschuldigten

entspricht. Daß übrigens in allen den Fällen, wo die in dem Andern erregte absichtliche Täuschung bestimmt genug auf einen Dolus dessen, der dieser Täuschung sich schuldig gemacht, hinweist, eine Handlung also, welche die Artikel 284 des Str.Ges.B. aufgestellten allgemeinen Merkmale des Betrugs an sich trägt, unzweifelhaft vorliegt und in Hinblick auf das durch den Betrug Erlangte lediglich in Frage kommt, worauf dieser Dolus gegangen sei, ob auf eine widerrechtliche Aneignung oder blos auf eine zeitweilige widerrechtliche Benutzung, in alle Wege von einem leichtsinnigen Aufborgen nicht die Rede sein könne, liegt auf der Hand.

65.

Bei dem Verbrechen der Hinterziehung der Hülfsvollstreckung (Art. 310) kann eine andere Person als der Schuldner der Urheberschaft sich nicht schuldig machen.

Erk. v. 21. Decbr. 1859 no. 1314/1300 d. J.

Der Artikel 310 des StGB. bestimmt, daß derjenige, welcher außer dem Falle des böslichen Bankerotts, um bei einer ihm drohenden Hülfsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandtheile seines Vermögens bei Seite schafft, nach dem Betrage des verursachten Schadens mit den Strafen des einfachen Betrugs belegt werden soll. Diese Strafbestimmung setzt gewisse persönliche Verhältnisse des Thäters voraus, wodurch das Beiseiteschaffen von Sachen strafbar wird. Er muß als Schuldner in einem Schuldnexus zu einer dritten Person stehen, es muß ihm zur Befriedigung seines Gläubigers die Hülfsvollstreckung drohen und es müssen die Gegenstände, welche er bei Seite schafft, Bestandtheile seines Vermögens bilden. Hieraus folgt, daß eine andere Person, als der Schuldner, wohl als Anstifter (Art. 62 u. 64), als Gehülfe (Art. 53 u. 55), oder als Begünstiger (Art. 61) sich bei jenem Verbrechen in strafbarer Weise betheiligen, niemals aber als Urheber (auctor physicus) dasselbe verüben kann. Erst durch die angegebenen persönlichen Verhältnisse des Thäters wird das Beiseiteschaffen von Sachen strafbar. Fehlen diese Verhältnisse, so fehlen die Momente,

welche die That zu einer verbrecherischen machen, und letztere stellt sich, wenigstens vom criminalrechtlichen Standpuncte aus, als völlig straflos dar.

Das Gerichtsamt W. hat die verehel. G. nach Bl. um deswillen bestraft, weil sie bei der Hülfsvollstreckung, welche wegen einer Forderung ihrem Ehemanne gedroht, um die Befriedigung des Gläubigers des letztern zu vereiteln, einen Pelz ihres Ehemannes bei Seite geschafft habe.

Hierbei ist nirgends erwähnt, daß und in wie weit der Ehemann bei dieser Handlungsweise mit der Angeschuldigten concurrirt habe, sondern es wird gedachte Handlungsweise an sich, gleich als ob eine andere Person als der Schuldner das fragliche Verbrechen begehen könne, unter den Art. 310 des StGB. gestellt. Da nun aber eine solche Voraussetzung nach Obigem sich nicht rechtfertigen läßt, so war die zu Gunsten der Angeschuldigten Seiten des Staatsanwaltes erhobene Nichtigkeitsbeschwerde für begründet anzusehen.

66.

Der Begriff der Fälschung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Inhalt einer Interpolation ein wahrheitsgemäßer ist (Art. 311. StGB.).

Erk. v. 16. December 1859 no. 1344/1329 d. J.

Auch das OAG. ist der Ansicht, daß, wenn schon die von dem Angeschuldigten H. in die fragliche Urkunde eingeschalteten Worte „und allen Auszügen" in Conformität mit den vorausgegangenen Verhandlungen gewesen sein mögen, sich dennoch H. durch jene Einschaltung des im Art. 311 des Str.G.B. aufgeführten Verbrechens schuldig gemacht habe. Die Urkunde war bereits von dem Mitcontrahenten J. D. unterschrieben. Ohne dessen Zustimmung oder auch nur Vorwissen wurden von H. jene Worte hineingesetzt. Eben so wie diese Handlung als eine unbefugte sich characterisirt, muß auch der damit verbundene Zweck als ein rechtswidriger im Sinne des Art. 311 bezeichnet werden. Im Bezug auf dasjenige, was mündlich bereits im Betreff der Auszüge verabhandelt und zwischen den Contrahenten festgestellt war, sollte nun auch jene

Urkunde den schriftlichen unzweifelhaften Nachweis liefern. Ein solches Beweismittel sich zu verschaffen, dazu hatte H. aber nur im Falle der Einwilligung D.'s ein Recht. Er verfolgte also Etwas, auf dessen Erlangung er kein Recht hatte, wenn er hier ohne Vorwissen und Zustimmung D.'s handelte. Da er bei diesem rechtswidrigen Zwecke eine Urkunde unbefugter Weise durch Interpolation abänderte, mithin fäschte, so fällt auch sein Gebahren unter die Vorschrift des Art. 311.

67.

Nicht jede wahrheitswidrige Ausfüllung eines Blanquets fällt unter den Begriff der Fälschung (Art. 311. StGB.).

Erk. v. 7. December 1859 no. 1247/1285.

Man hat den größten Theil der in dieser Sache vorliegenden Betrügereien noch auf den Grund von Artikel 285 unter 1a. des Str.G.Buchs für ausgezeichnete, und zwar in den beiden Fällen, betrachtet, wenn entweder die betreffenden Belege mit ganz falschen Unterschriften versehen, oder, nachdem sie die Forderungsberechtigten unausgefüllt vollzogen, dieselben nachträglich unrichtig ausgefüllt worden sind. Was den ersteren dieser Fälle anbelangt, so läßt sich die Qualification der Betrugshandlung weder nach Art. 285 unter 1a. des Str.G.Buchs noch nach Art. 249 des Cr.G.B. irgend in Zweifel ziehen, wohl aber im zweiten Falle, denn sowie der Artikel 249 des Cr.G.B. die Worte des Art. 311 des Str.G.B. „Blanquets eigenmächtig ausgefüllt" überhaupt nicht enthält, so wird in diesem Falle nach Art. 311 in Verbindung mit Art. 285 unter 1a. des Str.G.B. ein eigenmächtiges, also hinsichtlich der Person, die die Ausfüllung bewirkt, unberechtigtes Ausfüllen erfordert, während H., als Straßenmeister, die Belege auszufüllen hatte. Man ist daher in allen Fällen dieser Art weder nach Art. 249 des Cr.G.B., noch nach Art. 311 in Verbindung mit Art. 285 unter 1a. des Str.G.B. berechtigt, einen ausgezeichneten Betrug anzunehmen.

II. Zu der Strafproceßordnung.

(Fortsetzung von Heft 5. S. 426.)

39.

Ueber Wirkung limitirter Zugeständnisse und den Beweis der vom Angeschuldigten vorgebrachten Einwände.

Erk. v. 12. December 1859 no. 1216/1307.

Wird einem Bekenntnisse, welches alle die zu seiner Beweiskraft erforderlichen Merkmale an sich trägt, eine Einrede beigefügt, wodurch, wenn sie erwiesen wäre, die aus der That abzuleitende Frage ganz oder zum Theil aufgehoben werden würde, so muß eine solche Einrede, wenn sie nicht als eine bloße, mit den eingeräumten und erwiesenen Thatsachen unvereinbare Erdichtung sofort zurückgewiesen werden kann, allerdings beachtet und darf der Beweis derselben nicht ausschließlich dem Angeklagten oder dessen Vertheidiger aufgebürdet werden. Von einer Beweislast kann hier nur uneigentlich insofern die Rede sein, als der Angeklagte sowohl die Thatsachen, von welchen er die Einrede hernimmt, als die Mittel, wodurch dieselben zur Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit erhoben werden können, anzeigen muß. Die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit des vorgebrachten Einwandes zu erforschen, ist Sache des Untersuchungsrichters. Haben aber dessen hierauf gerichtete pflichtmäßige Bemühungen keinen Erfolg gehabt, hat also weder die Wahrheit noch die Unwahrheit des Einwandes dargethan werden können, so kommt bei der rechtlichen Beurtheilung, durch welche der erkennende Richter sich eine der Lage der Sache im Ganzen entsprechende Ueberzeugung verschaffen muß, Alles darauf an, ob

die eigenthümliche Beschaffenheit der Einrede in ihrer Beziehung zu den eingeräumten Thatsachen eine Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit derselben begründet. Ist die Einrede wahrscheinlicher, als die Erklärung der That, die, abgesehen von dem Einwande, nach den sonstigen Vorlagen anzunehmen sein würde, d. h. würde, wenn man beide Punkte des Geständnisses unabhängig von einander auffaßt, das Geständniß der That durch den Beisatz dergestalt angegriffen, daß die für die Schuldlosigkeit des Angeklagten sprechenden Gründe stärker sind als für die Schuldannahme, oder sind beiderlei Gründe gleich stark, so ist dem Angeschuldigten Glauben zu schenken, auch wenn für seine Behauptung kein eigentlicher Beweis vorliegt. Fehlt es dagegen an Gründen, welche den erkennenden Richter bestimmen könnten, die Angaben des Angeklagten auch nur als wahrscheinlich gelten zu lassen, so kommt es dem Resultate nach auf dasselbe hinaus, als wenn der Einwand vollkommen widerlegt worden wäre. Das Geständniß erscheint durch den Beisatz gar nicht angegriffen und der erkennende Richter ist nicht behindert, lediglich nach dem Gesetze der Erscheinungen die eingeräumte Thatsache zu erklären.

40.

Ueber den Gesichtspunkt, aus welchem die Entschließung über Vornahme oder Unterlassung der in richterliches Ermessen gestellten Untersuchungshandlungen zu fassen ist.

Erk. v. 16. Jannar 1859 no. 25/22 d. J.

Obschon die Handhabung gewisser Untersuchungshandlungen, die, ihrer Natur nach, nicht so, wie die nothwendigen Bestandtheile des Verfahrens im voraus geregelt werden konnten, ausschließlich in die Hände des Richters gelegt worden ist, es also, sobald dieselben in Frage kommen, lediglich von dessen Ermessen abhängt, ob er sie vornehmen will oder nicht; so müssen doch auch bei diesem, dem jedesmaligen Fall anzupassenden Ermessen die dem ganzen Strafverfahren überhaupt zu Grunde liegenden höheren Principien im Auge behalten werden. Es genügt hier nicht, daß durch die getroffene Veranstaltung dem materiellen Rechte kein Abbruch geschieht, es muß auch der bloße Anschein einer solchen Verletzung vermieden und

wenn dies nicht anders zu bewerkstelligen ist, selbst etwas nicht gerade unbedingt Nöthiges zugelassen werden. Faßt man von diesem Gesichtspunkte aus das gegen T. eingehaltene Verfahren in's Auge, so kann zwar in Hinblick auf die Bestimmung Abschn. 2, Art. 343 der StPO., deren analoge Anwendbarkeit auf Verhandlungen und Entscheidungen über Einsprüche von dem OAG. anerkannt worden ist, zugegeben werden, daß das B.-G. an sich berechtigt war und von Haus aus auch allen Grund hatte, von der Vorführung des verhafteten Angeklagten bei der Verhandlung über seinen erhobenen Einspruch abzusehen; allein da T. dagegen remonstrirte und der diesfalls getroffenen Anordnung nur insofern sich unterwarf, als er seine ihm nothwendig erscheinende persönliche Vertretung einem Sachwalter übertrug, so hätte, als Letzterer ohne Vorwissen T.'s die Vertretung ablehnte, das B.-G. nicht ohne Weiteres zu Abhaltung des Termins verschreiten, sondern nunmehr, zu Vermeidung fernerer Weiterungen, die Vorführung des verhafteten Angeklagten verfügen sollen. Denn wenn auch diese Maaßregel dem Gerichtshofe behufs der Erledigung des Einspruchs vor wie nach nicht geboten erscheinen mochte und derselbe zum sofortigen Verspruch der Sache ebenfalls insofern verschreiten konnte, als dem formellen Rechte durch die vorhergegangene Befragung des Angeklagten über das, was er glaube vorstellig machen zu können, Genüge geschehen war, so läßt sich doch nicht verkennen, daß das eingehaltene Verfahren den Anschein einer Beeinträchtigung des Angeklagten an sich trägt, der, wie gezeigt worden ist, ohne irgend einen Eintrag für die Sache selbst, hätte vermieden werden können und auch, bei der unzweideutig ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers, dem Vertheidigungswerke jeden nur möglichen mit dem Wesen des Verfahrens vereinbaren Vorschub zu gewähren, hätte vermieden werden sollen. Allein da T. deshalb nicht einmal das Rechtsmittel einer Beschwerde zugestanden haben würde (s. Art. 85, Abschn. 4 der StPO.), so hat man noch viel weniger einen Nichtigkeitsgrund darin finden können; denn wie aus dem Vorhergehenden erhellt, ist weder eine bei Strafe der Nichtigkeit ertheilte Vorschrift, noch eine andere, das Strafverfahren betreffende, für wesentlich zu achtende gesetzliche Vorschrift verletzt worden.

41.

Die dem Gericht in Bezug auf den Privatankläger ertheilten Formvorschriften müssen beim gleichzeitigen Vorhandensein einer Mehrheit von Privatanklägern jedem einzelnen gegenüber beobachtet werden.

Erk. vom 14. December 1859 no. 1244/1317 d. J.

Weil, wenn auch der Strafantrag M.'s Bl. durch dessen Erklärung Bl., da deren Voraussetzung Bl. nach Bl. nicht eingetreten, keineswegs für erlediget anzusehen, daher aber jener im Eingange des Erkenntnisses Bl. ganz richtig als Privatankläger aufgeführt worden ist, doch zugleich neben M. und sogar noch vor ihm Bl. die demselben vorgesetzte Behörde der Erhebung der Privatanklage, wie ihr nach Absatz 2 des Artikels 246 des StGB. freistand, sich unterzogen hat, mithin in vorliegender Sache zwei Privatankläger bezüglich desselben Vorganges vorhanden sind, ein Umstand, der zwar nach Absatz 5 des allegirten Artikels hinsichtlich der Bestrafung S.'s keine verschärfende Wirkung äußern, dagegen aber den prozeßleitenden Richter der Verbindlichkeit nicht überheben konnte, alles dasjenige, was nach der Strafproceßordnung dem Privatankläger gegenüber zu beachten ist, beiden Privatanklägern, nicht etwa nur dem unmittelbar Verletzten gegenüber, in Obacht zu nehmen und nun das Gerichtsamt zu N., wie nach Artikel 362 und 370 der Strafprozeßordnung wesentlich erforderlich war, der dasigen Oberforstmeisterei, als Privatanklägerin, den Schluß der Untersuchung nicht eröffnet, damit aber, nach der Ansicht des OAG., eine absolute, nicht etwa von der Beibringung eines durch die unterbliebene Bekanntmachung des Schlusses der Untersuchung erlittenen Nachtheils abhängige Nichtigkeit verhangen hat: so ist, auf den als Nichtigkeitsbeschwerde zu betrachtenden Antrag Bl., in Gemäßheit von Artikel 349 unter I. 1. und 377 der Strafprozeßordnung das Erkenntniß Bl. fg. als nichtig aufzuheben.

III. Wechselrecht.

(Fortsetzung von Heft 5, S. 442.)

22.

Der Mangel des Giro des Remittenten beeinträchtigt nicht die Regreßklage späterer Indossatare gegen die Indossanten.

II. Sen.-Erk. vom 1. Novbr. 1859 ad no. 392/428 d. J.

Die Entscheidung der gegenwärtigen Wechselsache hängt von Beantwortung der Rechtsfrage ab:

> ob in Fällen der vorliegenden Art, in welcher auf der Rückseite des der Klage zu Grunde gelegten Wechsels eine Lücke in der Reihe der Indossamente insofern besteht, als das Giro des Remittenten gänzlich vermißt wird, dem späteren Indossatar ein Regreßanspruch gegen die der Lücke nachfolgenden Vormänner zusteht, von welchen bis auf ihn eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten herabgeht.

Diese Frage ist von der ersten Instanz verneint, dagegen von der zweiten bejaht worden. Das OAG. ist der letztern Ansicht aus folgenden Gründen beigetreten:

Das hauptsächlichste Bedenken gegen die Statthaftigkeit einer Regreßklage gegen einen Indossatar, welcher durch eine ununterbrochene Giroreihe zum Weiterbegeben des Wechsels nicht legitimirt war, wird aus Art. 36 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung entnommen. Wenn nun auch daselbst vorgeschrieben ist, daß der Inhaber eines indossirten Wechsels durch eine zusammenhängende, bis

auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt werde und daß demnach das erste Indossament mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament aber mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein müsse, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar bezeichne, so steht dennoch diese Bestimmung der von der gegenwärtigen Instanz vertheidigten Meinung nicht entgegen.

Wie bereits Bl. mit Recht bemerkt worden, sind dem Indossament zwei völlig verschiedene Wirkungen beizulegen, welche auch in der A. D. W. O. Art. 10 und 14 insofern getrennt aufgeführt werden, als daselbst vorgeschrieben wird, daß

1) durch das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel und insbesondere auch die Befugniß, den Wechsel weiter zu indossiren, auf den Indossatar übergehen (Art. 10) und

2) daß der Indossant jedem spätern Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig hafte (Art. 14).

Zufolge der ersten Wirkung bildet das Indossament die Activlegitimation für den Indossatar in gleicher Maaße, wie die Tratte die Sachlegitimation für den Remittenten abgiebt. Zugleich ist das Indossament das Mittel, durch welches sämmtliche mit dem Wechsel verbundene Befugnisse an den Wechselnehmer veräußert und von dem Letztern als selbstständige Rechte erworben werden.

Zufolge der zweiten Wirkung aber übernimmt jeder Indossant eine neue Garantie für den richtigen Eingang des Wechsels seinen Nachmännern gegenüber. Und die allgemeine deutsche Wechselordnung drückt den Umfang dieser Verpflichtung in Art. 14 ganz mit denselben Worten aus, wie sie in Art. 8 die Verpflichtung des Ausstellers bezeichnet, nämlich, daß er für Annahme der Zahlung wechselmäßig haftet, so daß nach den Worten des Gesetzes der Aussteller und der Indossant in derselben Weise wechselrechtlich verbunden sind, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Verpflichtung des Ausstellers allen Inhabern des Wechsels, die des Indossanten nur dessen Nachmännern gegenüber ihre Wirksamkeit äußert.

Beide nur beschriebene Wirkungen des Indossaments können getrennt von einander selbstständig bestehen. Soweit nämlich das Indossament bestimmt ist, die Activlegitimation des Indossatars

herzustellen, tritt hauptsächlich der äußere oder formelle Gesichtspunkt in den Vordergrund, wie denn auch Art. 36 der A. D. W. O. nur eine äußerlich zusammenhängende Giroreihe verlangt.

Füssel, im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. II, p. 264 fg.

Jolly, über das Indossament, in demselben Archiv, Bd. IV, p. 381 fg. und Bd. V, p. 57 fg. und 64 fg.

Das Indossament ist daher die Form, welche denjenigen, zu dessen Gunsten sie vollzogen worden ist, zum Wechselgläubiger macht, wenn auch dem Giro materiell die Wirkung einer gültigen Uebertragung der Wechselrechte oder der Uebernahme einer selbstständigen Garantie für den richtigen Eingang des Wechsels nicht beigelegt werden kann. Es stellt daher das Indossament die Sachlegitimation des Inhabers selbst dann her, wenn auf dem Wechsel Unterschriften von Personen sich befinden, welche eine Wechselverbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht mit vollem Erfolge eingehen können (Art. 3 der A. D. W. O.), oder wenn die Unterschrift des Ausstellers, oder das Accept, oder die Indossamente falsch oder verfälscht sind (Art. 75 und 76), oder wenn der Indossant in dem Indossamente selbst das weitere Giriren verboten hat (Art. 14 der A. D. W. O.). Vorausgesetzt wird jedoch hierbei, daß nicht etwa ein persönlicher dolus des Indossatars sein der Form nach erworbenes Recht unwirksam gemacht habe.

Jolly, a. a. O., Band V, p. 64.

Eben so äußert die obengedachte zweite rechtliche Eigenschaft des Indossaments, nach welcher der Indossant dadurch Wechselschuldner wird, daß er eine dem Aussteller analoge Garantie für den richtigen Eingang des Wechsels übernimmt, selbst dann ihre Wirksamkeit, wenn der Indossant gar nicht Wechselgläubiger war und insbesondere die aus dem Wechsel entstehenden Rechte nicht durch ein gültiges Giro erworben hat. Diese selbstständige, dem Indossamente beizulegende Eigenschaft war schon dem ältern Wechselrechte nicht unbekannt. Denn der Bl. angezogene Rechtslehrer

Treitschke, Encyclopädie des Wechselrechts, s. v. Indossament, §. 7, Band I, p. 452

lehrt, daß, sobald der girirte Wechsel die absolut gesetzlichen Kennzeichen und Erfordernisse eines Wechsels an sich trage, für das

Verhältniß zwischen Indossanten und Indossatar es gleichgültig sei, ob der girirte Wechsel an sich und gegen den Aussteller kraftlos oder wirksam, ja selbst ob er falsch oder ächt sei; das Indossament könne dann zwar nicht bewirken, daß der ungültige Wechsel gültig werde oder bezahlt werden müsse, aber eben weil dieß nicht geschehe, trete die zweite Wirkung des Begebungsgiros, die Gewährleistung des Indossanten für den Eingang, desto sicherer ein. In der A. D. W. O. Art. 14 und 81 ist aber die gedachte selbstständige Wirkung in sofern gesetzlich anerkannt worden, als sie ohne alle Einschränkung die Vorschrift enthält, daß der Indossant jedem spätern Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig hafte.

In dem obengedachten Art. 36 der W. O. ist zunächst nur die Frage beantwortet, in welcher Weise der Präsentant des Wechsels sich zur Sache zu legitimiren habe, um zur Verfallzeit Zahlung von dem Acceptanten zu erheben, beziehentlich gegen den letztern die Wechselklage anzustellen.

Diese Vorschrift leidet nun zwar auch dann Anwendung, wenn gegen den Aussteller oder einen Indossanten zufolge der von ihnen übernommenen Wechselverpflichtung die Regreßklage angestellt wird, sobald der Wechselkläger sich dem verklagten Wechselschuldner gegenüber nicht durch eine zusammenhängende Giroreihe zu legitimiren vermag, weshalb in dem vorliegenden Falle der Kläger einen Regreßanspruch gegen den Acceptanten und den Aussteller des der Klage zu Grunde gelegten Wechsels mit Erfolg durchzuführen nicht im Stande sein dürfte. Dagegen kann gegenwärtig die Lücke in dem Indossamente nicht in Betracht kommen, da von dem verklagten Giranten an die Indossamente in ununterbrochener Reihe bis zum Kläger reichen, wie bereits früher in einem ähnlichen Falle von dem niederösterreichischen Oberlandesgerichte in einem im Archiv für Wechselrecht Band III, p. 339 abgedruckten und von Jolly

in demselben Archiv, Band V, p. 67

gegen die Angriffe Kitka's

in der allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung, Jahrgang 1853, Nr. 136, p. 565

vertheidigten Erkenntnisse ausgesprochen worden ist.

Beklagter hat nun die Statthaftigkeit der erhobenen Klage vorzüglich deshalb angefochten, weil ein Regreßanspruch gegen einen Indossanten ausgeschlossen werde, sobald das Giro des Remittenten fehle, mithin letzterer die ihm nach dem Wechsel zukommenden Rechte auf einen bestimmten, auf der Rückseite des Wechsels benannten Indossatar nicht übertragen habe. Nun steht diese Ansicht weder mit den Bestimmungen der Wechselordnung, noch mit dem Wechselverkehre selbst, wie er sich in der Praxis gebildet hat, im Einklang.

Die A. D. W. O. erwähnt zwei Fälle, in welchen dem Indossamente jede wechselrechtliche Verpflichtung des Indossanten abgesprochen wird, und zwar

a) wenn das Indossament auf einer Schrift sich findet, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehlt (Art. 7) und

b) wenn der Aussteller die Uebertragung des Wechsels ausdrücklich untersagt hat (Art. 9 der A. D. W. O.).

Der erste Fall bezieht sich auf die sogenannten formlosen Wechsel. Als solche werden aber in Art. 7 nur diejenigen bezeichnet, denen eines der in Art. 4 der W. O. für wesentlich erklärten Erfordernisse eines Wechsels abgeht. Alle diese Requisite eines Wechsels beziehen sich auf Bemerkungen, welche auf der Vorderseite des Wechsels enthalten sein müssen, wenn der Schrift überhaupt die Wirkung eines Wechsels beigelegt werden soll. Dagegen besteht keine gesetzliche Vorschrift, nach welcher auch wegen Mängeln in der Form der Indossamente oder wegen einer Lücke in der Giroreihe der Wechsel selbst ungültig und zu einem sogenannten formlosen Papiere umgestaltet werde. Vielmehr entstand bei den Conferenzberathungen sogar die Frage, ob man nicht dem Indossament und dem Accept eines mangelhaft ausgestellten Wechsels wechselmäßige Wirkung gegen den Indossanten und Acceptanten beilegen solle, da Indossament und Accept eines Wechsels als eigene Geschäfte anzusehen seien, welche selbstständig gewisse Wirkung hervorbringen. Diese Frage ist jedoch verneint worden,

Conferenz-Protocolle, p. 18 der Leipziger Ausgabe

und zwar mit Recht, weil der formlose Wechsel ein sofort äußerlich erkennbares „juristisches Unding" ist, dessen Mangelhaftigkeit in die

Augen springt und schon darum die Kraftlosigkeit aller spätern Wechselerklärungen nach sich ziehen muß, da sonst die Urkunde durch ein darauf gesetztes Giro zu einem begebbaren Papiere, welche Eigenschaft ihm bisher abgegangen ist, umgewandelt werden könnte.

Brauer, W. O. zu §. 7 sub 2, pag. 42, ed. 2.

Hierzu kommt, daß bei einer Vernachlässigung der Vorschriften des Art. 4 in der Regel Ungewißheit über die Person des Wechselschuldners oder des Wechselgläubigers, die zu zahlende Summe, oder die Zahlungszeit und den Zahlungsort, mithin über Punkte entstehen wird, welche für Beurtheilung des Umfangs der Wechselverpflichtung von wesentlichem Einflusse sind.

Wenn hiernächst zufolge der Schlußbestimmung des Art. 9 der W. O. einem Wechsel die Natur eines begebbaren Papieres dadurch entzogen werden kann, daß der Aussteller im Wechsel selbst die Uebertragung durch die Worte „nicht an Ordre" oder durch einen gleichbedeutenden Ausdruck untersagt, so ward bei der Berathung dieser Vorschrift in den Conferenzen die Frage aufgeworfen, ob ein solches Verbot blos die Unstatthaftigkeit des Regresses gegen den Aussteller zur Folge habe, oder bewirke, daß ein Wechsel durch Indossament, also mit wechselrechtlicher Wirkung, überhaupt nicht übertragbar sei. Der sächsische Abgeordnete erklärte sich für die erstere Ansicht, weil durch das gedachte Verbot des Ausstellers in Ansehung des Verhältnisses unter denen, auf welche der Wechsel übergegangen sei, nichts geändert werde, vielmehr dessen ungeachtet zwischen ihnen, den Indossanten und Indossataren, wechselmäßiger Regreß stattfinde.

Conferenz-Protocolle, pag. 23.

Dagegen entschied man sich bei der Abstimmung für die letztere Ansicht, da durch das in den Wechsel selbst aufgenommene Verbot der Wechsel sofort bei seiner Entstehung eine Beschränkung erlange, vermöge welcher ihm die Begebbarkeit entzogen und von dem Aussteller selbst erklärt werde, daß der Wechsel in den Händen des Remittenten verbleiben solle. Abweichend hiervon legte man dem Verbote, welches ein Indossant erläßt, nur die Wirkung bei, daß diejenigen, an welche der Wechsel aus der Hand des Indossatars gelangt, gegen den Indossanten keinen Regreß haben (Art. 15 der

W. O.), da der Indossant selten oder nie einen genügenden Grund haben wird, ein Mehreres zu wünschen, als daß er für seine Person von Regreßansprüchen befreit werde.

Conferenz-Protocolle, pag. 25 und 31.

Eine Ausdehnung oder analoge Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall erscheint ausgeschlossen. Denn der der Klage zu Grunde gelegte Wechsel entspricht allen Erfordernissen des Art. 4 der W. O. und ebensowenig enthält er ein Verbot der Uebertragbarkeit Seiten des Ausstellers. Darauf aber, daß der vorliegende Wechsel eine sogenannte Tratte an eigene Ordre ist, kann etwas nicht ankommen, weil die Ansicht älterer Rechtslehrer, daß ein solcher Wechsel erst durch ein hinzutretendes Giro zur Perfection gelange, durch Art. 6 der W. O., welcher Wechsel an eigene Ordre für vollkommene Wechsel erklärt, und durch Art. 23, wonach der Acceptant auch dem Aussteller, als solchem, für die Einlösung wechselmäßig haftet, widerlegt worden ist.

Brauer, W. O. zu §. 6 sub 1, pag. 40, ed. 2.

Eben so wenig ist darauf ein Gewicht zu legen, daß das Indossament des Remittenten gänzlich fehlt und mithin eine Lücke sofort im Anfange der Giroreihe stattfindet, da kein Gesetz das Giro des Remittenten als Requisit der Gültigkeit der nachfolgenden Indossamente vorgeschrieben hat und aus Art. 36 der W. O. nur so viel hervorgeht, daß derjenige, welcher einen den Erfordernissen des Art. 4 der W. O. entsprechenden Wechsel vom Remittenten annimmt, ohne daß letzterer sein Giro auf die Rückseite des Wechsels gesetzt hat, zu Verfolgung eines wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten, Aussteller und Remittenten nicht legitimirt ist. Begiebt nun derjenige, welcher in den Besitz eines solchen nicht von dem Remittenten girirten Wechsels gelangte, denselben mittelst eines darauf gebrachten Indossaments weiter, so giebt er durch dieses Giro zu erkennen, daß er für den richtigen Eingang des Wechsels hafte.

Sein Indossatar kann daher für den Fall, daß der Wechsel zur Verfallzeit nicht honorirt wird, auf Grund der Art. 14 und 81 der W. O. seinen Regreß gegen ihn nehmen, da der Wechsel über den Umfang der Garantie, welche der Indossant zu leisten hat, vollständigen Aufschluß giebt und der Indossatar voraussetzen muß,

daß sein Indossant, welcher den Wechsel weiter begeben hat, ohne daß er selbst als Wechselgläubiger legitimirt ist, Veranstaltung getroffen habe, daß der Wechsel zur Verfallzeit gezahlt werde.

Endlich entspricht es den Bedürfnissen des Handelsstandes, daß dem Remittenten in ähnlicher Weise wie dem Indossatar die Möglichkeit nicht gänzlich entzogen werde, einen auf ihn gestellten Wechsel weiter zu begeben, ohne daß er genöthigt ist, die Garantie für den richtigen Eingang desselben durch ein darauf gesetztes Giro zu übernehmen. Diesem Bedürfnisse ist rücksichtlich der Indossanten durch die Bestimmung des Art. 12 der W. O., nach welcher Blanco-Indossamente gestattet sind, genügt worden, indem durch das Blanco-Giro jeder spätere Inhaber des Wechsels legitimirt wird. Obwohl nun dem Remittenten die Ermächtigung, den Wechsel ohne Indossament weiter zu begeben, nicht ausdrücklich ertheilt, so ist sie ihm doch auch nicht ausdrücklich abgesprochen worden. Eine specielle gesetzliche Bestimmung in dieser Beziehung zu treffen, dürfte, zumal mit Rücksicht auf die Vorschriften der Art. 14 und 81 der W. O., um so weniger erforderlich sein, da die Fälle, in welchen Wechsel weiter begeben werden, auf welchen das Giro des Remittenten fehlt, nur selten vorkommen dürften, und am wenigsten derjenige, welcher einen solchen Wechsel mittelst eines darauf gesetzten Giro in Circulation gesetzt hat, sich beschweren kann, daß die Bestimmungen der Art. 14 und 81 gegen ihn angewendet werden, da ihm bei Einsicht des Wechsels nicht entgehen konnte, daß ihm durch den Wechsel Rechte gegen den Acceptanten, Aussteller und Remittenten nicht übertragen worden seien, mithin er selbst für den richtigen Eingang desselben seinen Nachmännern gegenüber, an welche er dessen ungeachtet den Wechsel weiter girirt hat, haften müsse, ohne daß ihm selbst ein Regreß gegen die ursprünglichen Wechselverpflichteten zusteht.

23.

Der an des Ausstellers eigene Ordre gestellte Proprewechsel ist weder an sich noch in Folge Indossaments ein formrichtiger Wechsel im Sinne der A. D. W. O.

II. Sen.-Erk. vom 26. Oct. 1859 ad no. 436/450 deff. J.

Das OAG. hat der von voriger Instanz (AG. Budissin) befolgten Ansicht, daß der an eigene Ordre des Ausstellers gestellte Eigenwechsel, weder an sich noch wenn er indossirt worden, für einen formrichtigen Wechsel in dem Sinne der A. D. W. O. zu erachten, auch aus einem solchen Papiere dem Indossatar ein Regreßrecht gegen den Indossanten nicht zuzugestehen sei, beizutreten kein Bedenken gefunden.

Es geht hierbei im Wesentlichen von denselben Erwägungen aus, welche die vorige Instanz in den Rationen, in Conformität mit dem Ideengange der im

Archiv f. d. Wechselrecht rc. Bd. VII, S. 323 no. 33

mitgetheilten Entscheidung des Obertribunals zu Berlin, bereits zur Genüge entwickelt hat. Indem auf diese zu Vermeidung von Wiederholungen, beziehentlich mit der Bemerkung, daß auch Rechtslehrer, z. B.

Renaud, Lehrbuch §. 48 in fine,

die Unzulässigkeit einer solchen Wechselform in dem Sinne der A. D. W. O. anerkennen, verwiesen wird, ist rc.*)

24.

Der Wechselprozeß aus einem formwidrigen eigenen Wechsel, welcher auch der Natur einer wechselmäßigen Schuldverschreibung entbehrt, ist unzulässig. — Requisite des documenti guarentigiati im Sinne des Anhanges zur Erl. Pr. Ordn. §. 5.

II. Sen.-Erk. vom 17. Novbr. 1859 ad no. 427/426 d. J.

Indem Man der vorigen Instanz, beziehentlich in Gemäßheit einer Reihe conformer Entscheidungen**), jedenfalls darin beistimmt,

*) Es folgen im Urthel einige Bemerkungen zu Widerlegung der Berufungsausführung, welche nicht interessiren.

**) Vergl. diese Annalen I. S. 435 no. 15.

daß das in diesem Wechsel enthaltene Zinsversprechen demselben die Natur eines Wechsels in dem Sinne der Wechselordnung entzieht, hat Man dagegen der Bl. ausführlicher deducirten Meinung, daß jene Urkunde wenigstens als wechselmäßige Schuldverschreibung zu gelten habe und als solche den Wechselprozeß rechtfertige, gleichfalls in Conformität mit einer Reihe ebenmäßiger Entscheidungen, nicht beizupflichten vermocht.

1) Die vorige Instanz bemerkt zunächst selbst, daß aus den Vorschriften der Wechselordnung Art. 96₂, Art. 98₁, verb. mit Art. 7 so viel folge, daß aus einer Schrift des obgedachten Inhalts, weil ihm eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehle, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entstehe und glaubt unter wechselmäßiger Verbindlichkeit hauptsächlich diejenigen eigenthümlichen rechtlichen Verpflichtungen verstehen zu sollen, welche nach den, dem materiellen Wechselrechte — im Gegensatze zu der blos prozessualischen Bedeutung der Wechselhaft — angehörigen Vorschriften der Wechselordnung mit der Ausstellung eines Wechsels verbunden seien und zum Theil allerdings auf der formalen Natur desselben fußen.

Allein Man vermag an sich nicht einzusehen, wie eine prozessualische Verbindlichkeit nach Wechselrecht für Zahlung einer Summe zu haften da gedenkbar ist, wo eine wechselmäßige Verbindlichkeit materiell nicht vorhanden ist. Höchstens könnte man unterscheiden zwischen der wechselmäßigen Verbindlichkeit im Sinne der Wechselordnung und einer solchen daneben laufenden in dem Sinne des Particularrechts. Beide sind jedoch materieller Natur und auch bei letzterer, der aus der kaufmännischen Anweisung und aus der wechselmäßigen Schuldverschreibung folgenden, kann eine prozessualische Verfolgung nach Wechselrecht nicht gedacht werden, wenn eine wechselmäßige Verbindlichkeit materiell fehlt.

Wäre dieß anders, so würde Jemand, dem man zugestände, daß er materiell nach Wechselrecht Etwas nicht schulde, prozessualisch zu einer Zahlung nach Wechselrecht angehalten werden können.

Auch spricht nicht etwa die Bl. angezogene Conferenzberathung

Conferenz-Protocolle, V. zu §. 8, p. 18 d. Leipz. Ausg.

für die Meinung der vorigen Instanz, indem hier ausdrücklich bemerkt ist, es werde die Frage: ob und in welcher Maaße aus einer mangelhaft ausgellten Wechselerklärung ein **nicht** wechselmäßiger Anspruch stattfinde, lediglich aus dem Civilrecht zu beantworten sein.

2) Indem die vorige Instanz Bl. selbst anerkennt, daß nach römischem und gemeinem deutschen Rechte die Frage mindestens zweifelhaft sei, ob aus einer Urkunde, welche eine causa debendi specialis nicht enthalte (sog. „documentum indiscretum"), die Anstellung des Wechsel- oder überhaupt des Executivprozesses zulässig sei, erachtet sie diese Frage vorlängst durch die Bestimmung des Anhangs der Erl. Pr. Ordn. §. 5 in dem Sinne der Zulässigkeit entschieden.

Allein wie die Clausel „wenn sich sonst nicht ein anderer Mangel dabei ereignet," worauf bereits früher aufmerksam gemacht worden, an sich die von voriger Instanz jener Disposition beigelegte Generalität der Anwendbarkeit auf unförmliche Wechsel beeinträchtigt, so hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung des §. 5 den Fall im Auge gehabt, wo von den Requisiten eines documenti guarentigiati: quis, quid, cui, quando, ex qua causa **debeat**, das letzte ermangelt,

Griebner, Discurs ad h. l. s. v.: keine causa debendi,

dergestalt, daß es genüge, wenn z. B. der Schuldner schriebe: „nachdem ich Cajo 100 Thaler schuldig worden, so verspreche ich ihm diese Summe am ꝛc. zu bezahlen." Dieser Satz auf die wechselmäßige Schuldverschreibung angewendet, würde eine Form, wie etwa folgende: „nachdem ich dem X. 100 Thaler schuldig worden, so verspreche ich ihm diese Summe am ꝛc. nach Wechselrecht zu bezahlen" voraussetzen. Diese Form weicht von der hier vorliegenden insofern wesentlich ab, als sie, abgesehen von der Wechselclausel, eine vollständige Schuldverschreibung enthält, wogegen hier das civilistische Bekenntniß, 100 Thaler schuldig geworden zu sein, fehlt.

Keineswegs aber darf die durch das Wort: debeat erforderte causa debendi generalis fehlen, wie denn die Erl. Pr. Ordn. im Anh. §. 5 ausdrücklich der causa debendi specialis — als welche dem Zusammenhange nach auch in den in der Mitte des §. 5 wieder-

holten Worten: causa debendi gemeint ist — als desjenigen (gemeinrechtlichen) Requisites eines documenti guarentigiati, welches für den Executivprozeß vermißt werden könne, Erwähnung thut.

Allerdings drücken sich hierunter nicht alle Rechtslehrer über den Executivprozeß klar aus, wie z. B. die Worte Kori's

Ueber den Executivprozeß ꝛc. Jena 1826 §. 13, S. 29

„dafern nur darinnen ein bestimmtes Versprechen oder Anerkenntniß der Verbindlichkeit vom Schuldner geschehen ist" die Ansicht erweckt haben mögen, daß ein schriftliches Versprechen einer benannten Person, eine bestimmte Summe auszuzahlen, zu Anstellung des Executivprozesses in dem Sinne des §. 5 des Anhanges ausreiche.

Daß aber auch Kori dieß nicht für ausreichend erachtet habe, ergiebt sich, wenn man nur die Worte: „specieller Entstehungsgrund," „bestimmtes Versprechen" in dem aus dem Zusammenhange folgenden Sinne auffaßt.

Deutlicher sprechen sich in dieser Hinsicht andere Rechtslehrer aus, z. B. Berger

Electa processus execut. etc. ed. Hayme L. 1745 §. X, verbis: Necessitas causae debendi passim defenditur, sed tamen specialem deesse posse, nec id obesse virtuti documenti guarentigiati cavetur O. R. App. §. 5

und insbesondere Biener

Systema processus §. 242 ed. IV. (§. 243 prior.), verbis: Quam ob rem jure communi, ut de hoc attributo constet, exigitur causa debendi; remissa quidem haec est jure Saxonico (O. P. R. App. §. 5); neque tamen non declaratio debitoris, qua **obligationem** dandi praestandique **fatetur** adesse debet.

3) Hiernach enthalten auch die Bl. angezogenen Bestimmungen des Gesetzes vom 7. Juni 1849 §. 30 jct. 3 und 4 etwas zu Aufrechterhaltung der Klage Dienendes nicht, indem unter der „Urkunde" doch immer nur eine solche verstanden werden kann, welche, abgesehen von den dort bezeichneten Formen der Unterwerfung unter die Wechselstrenge (als modus executionis), den Anforderungen an eine Schuldverschreibung entspricht.

Auch die Bl. angezogenen Motiven des beregten Gesetzes Landtagsacten 1845, I. 1. S. 228

Du Chesne, im Archive für Wechselr. II. S. 366

geben dem Entgegenstehendes nicht, indem die Benutzbarkeit von Urkunden, die nach einer richtigen Theorie nichts mit dem Wechsel gemein haben — z. B. zinsbar gestellte sogenannte Wechsel, in Schriften vollzogene Darlehnscontracte ꝛc. mit der Wechselclausel —, zum Wechselproceß davon abhängig ist: „daß der Schuldner die Beseitigung aller ihm zu Gebote stehenden Einreden in einer Maaße und mit so klaren Ausdrücken ausgesprochen habe, daß sich der Richter gleich bei Durchsicht des Documents davon überzeugt halten muß, daß das Resultat auch des eigentlichen Executivprozesses unmöglich ein Anderes, als die Verurtheilung des Beklagten in das Klagegesuch mit Vorbehalt besonderer Klage oder Wiederklage werden könne," dieß aber bei solchen formwidrigen, den obberregten Anforderungen an eine wechselmäßige Schuldverschreibung nicht entsprechenden Wechseln, wie einer hier vorhanden, nicht der Fall ist; wie denn das OAG. die Füglichkeit, aus einem Wechsel executive zu klagen, in Consequenz jener Auffassung wiederholt zu verneinen gehabt hat.*)

4) Der Satz Bl., daß der Gesichtspunkt, daß auch der eigene Wechsel als auf einem formalen Schriftcontracte beruhend anzusehen sei und eben deshalb nicht als Urkunde über eine Schuld, sondern nur als Grund einer Wechselschuld in Betracht komme, nur auf nach der W. O. formrichtige Wechsel Anwendung leide, ist zwar an sich richtig; allein er gestattet offenbar nicht durch ein ohnehin mißliches argumentum a contrario den Schluß, daß ein formwidriger eigener Wechsel als eine wechselmäßige Schuldverschreibung zu gelten habe, wie denn die angezogenen Gesetzesdispositionen einem nackten Zahlungsversprechen nach Wechselrecht verbindliche Kraft und zwar auch für den Wechselprozeß nicht beilegen, sondern an dem Begriffe einer wechselmäßigen Schuldverschreibung Etwas nicht ändern.

---

*) Vergl. diese Annalen I. S. 439 — wo sowohl in der Ueberschrift, als Zeile 3 und 5 des Textes statt „Executionsprozeß" vielmehr „Executivprozeß" zu lesen ist — und S. 441 (wo derselbe Druckfehler zu verbessern ist).

Am wenigsten ist aber der Satz: es sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzunehmen, daß die Contrahenten nicht ein nichtiges, sondern ein gültiges Rechtsgeschäft zu schließen beabsichtigt haben, geeignet, die Schlüsse der vorigen Instanz zu rechtfertigen, indem ein formloser Wechsel, welcher mit Recht als ein äußerlich erkennbares juristisches Unding bezeichnet wird,

Brauer, W. O. 2. Ausg. S. 42 not. 2

nicht die Vermuthung rechtfertigen kann, es habe sich der Aussteller nichts destoweniger zu Zahlung der formwidrig versprochenen Summe verpflichten wollen, da Vermuthungen schon an sich außerhalb des Bereiches des Executivprozesses liegen.

5) Endlich genügt es zu Bl. in Betreff des von voriger Instanz zu anderen Gründen, welche das OAG. in den in der Ztschr. f. Rpfl. N. F. Bd. XVI, S. 464 und Bd. XVII, S. 43 abgedruckten Vorgängen zu Rechtfertigung seiner Ansicht angeführt hat, Bemerkten, auf diese früheren Ausführungen zu verweisen.

IV. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

(Fortsetzung von Heft 5, S. 480.)

124.

Collision der Gesetze. — Im Concurse ist die Verität einer im Auslande entstandenen Forderung an den Gemeinschuldner nach jenseitigem, dagegen die Priorität nach diesseitigem Rechte zu beurtheilen.

II. Sen.-Erk. vom 28. Oct. 1859 no. 323/368 bess. J.

Ist die Entscheidung darüber, nach welchen Grundsätzen ein gewisses Rechtsverhältniß, wenn solches im Prozesse geltend gemacht wird, in materieller Beziehung zu beurtheilen ist, von der Ent-

scheidung über die Classificirung einer daraus originirenden Forderung bei ihrem Zusammentreffen mit anderen Forderungen in einem Concurse wesentlich verschieden,

Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 594 sub IV.

so unterliegt es zwar keinem erheblichen Zweifel, daß über die von H. angemeldete Miethforderung, wenn solche überhaupt bestritten würde, weil dieselbe auf einem mit L. in München abgeschlossenen Vertrage beruht, bei einer etwaigen, auf die materielle Beurtheilung Einfluß übenden Collision der Bayerischen Gesetzgebung mit der Sächsischen unter Zugrundelegung der ersteren zu entscheiden sein würde. Dagegen irrt Appellant, wenn er, unter Berufung auf ein angeblich nach Bayerischem Rechte den Miethzinsforderungen im Concurse zuständiges Vorzugsrecht vor dem Einbringen der Ehefrauen, die zwischen ihm und der verw. L. rücksichtlich der von Letzterer liquidirten Illatenforderung entstandene Prioritätsfrage in dem hierländischen Concurse zu seinem Gunsten nach Bayerischem Rechte beurtheilt wissen will und dieserhalb zu dem Beweise der Existenz der bezogenen Rechtsnormen gelassen zu werden verlangt. Denn daß für die Rangordnung der im Concurse angemeldeten Forderungen, gleichviel wenn und wo sie entstanden und ohne Rücksicht auf ein etwaiges Vorzugsrecht ausländischer Gläubiger, keine anderen, als diejenigen Gesetze maaßgebend sind und sein können, welche bei dem Gericht des Concurses gelten, ist eben so unbestritten, als es in der Natur der Sache liegt, weil außerdem unvermeidliche Verwirrungen entstehen würden.

Dabelow, a. a. O., S. 594 fg.

Kori, System des Concursprozesses, §. 31 Anm. 115.

Reinhard, die Ordnung der Gläubiger im Concurse, §. 87 u. 89.

125.

Zur Lehre vom sogenannten dolus bonus bei einem von dem einen Contrahenten simulirten Vertragsschlusse.

II. Sen.-Erk. vom 27. Oct. 1859 no. 642/399 deß. 3.

*) Die zweite Instanz geht davon aus, daß Beklagter durch die eingeräumten Erklärungen und Verhandlungen in Betreff der fraglichen Uhr und Kette zu dem Kläger in ein privatrechtliches, als commodatum zu behandelndes Contracsverhältniß getreten sei und daß er von der hieraus entspringenden rechtlichen Verpflichtung zu Wiederherausgabe dieser Gegenstände durch das Anführen, wie

---

*) Kläger bot einem Dritten eine goldene Uhr mit dergleichen Kette zum Kaufe an. Der hinzukommende Beklagte, ein als solches dem Kläger nicht erkennbares Polizeiorgan, faßt Verdacht, daß Kläger im unredlichen Besitze oder die Uhr wenigstens entwendetes Gut sei. Beklagter, der Sache in keiner Weise sicher und in der Absicht, ohne eintretenden Falles als übereilt geltende Schritte sich der Resolution seines Vorgesetzten zu versichern, simulirt Kauflust, bittet sich jedoch die Uhr vom Kläger behufs der durch einen Sachverständigen zu vermittelnden Werthserhebung zuvor mit dem Versprechen aus, diese spätestens in einer Stunde zurückzubringen. Kläger überläßt sie dem Beklagten. Dieser liefert sie ohne Weiteres an die Polizeibehörde ab, welche sie retinirt und nach vielen Erörterungen zu dem Resultate gelangt, daß der Verdacht keine Bestätigung finde. Allein die Rückgabe der Uhr unterblieb, weil sie durch einen außerhalb der Vertretung der Behörde liegenden Umstand aus ihrem Besitze gelangt war, und Kläger nahm nun Beklagten aus seinem Versprechen auf Rückgabe der Uhr in Anspruch. Die Prima condemnirte. Die Secunda reformirte, weil sie in dem Verhalten des Beklagten einen dolus bonus erblickte, welchen Falles ihn die Resolution der Behörde und die dadurch entzogene Möglichkeit der Rückgabe gegen die „actio commodati" schütze, somit die Unmöglichkeit der Rückgabe eine casuelle sei. Das OAG. pflichtete in formell für Beurtheilung des Rechtsverhältnisses maaßgebender Weise dießfalls der Secunda nicht bei, gelangte jedoch aus anderen Gründen, weil nämlich liquid die Rückgabe in Natur unmöglich — Annalen I, S. 19, no. 1 — übrigens nach besonderen Umständen, wenn auch ohne Beklagtens Zuthun, Rückgewährung an Klägern anzunehmen sei, zur Confirmatoria.

er gar nicht beabsichtigt habe, die Uhr zu dem von ihm angegebenen Zwecke zu gebrauchen, wie er vielmehr nur als Diener der Sicherheitspolizei wegen des gegen den Kläger entstandenen Verdachtes eines unredlichen Erwerbes sich zum Behufe der weiteren Untersuchung der Sache durch die zuständige Behörde in den Besitz derselben habe setzen wollen, ohne Weiteres sich zu befreien nicht vermöge, da er dem Kläger gegenüber als Privatperson, nicht in seiner amtlichen Eigenschaft handelnd aufgetreten und Kläger berechtigt sei, sich an das zu halten, was Beklagter gegen ihn erklärt habe; sie betrachtet aber die Thatsache, daß die Uhr nebst Kette hinterdrein von der zuständigen Polizeibehörde auf die an sie erstattete Anzeige dem Beklagten ab- und in ihren Gewahrsam genommen und bis dahin, wo sie in Folge eines von einem Gläubiger des Klägers ausgebrachten Hülfsvollstreckungsgesuchs der zuständigen Prozeßbehörde, dem Gerichtsamte B., ausgeantwortet worden, in polizeilicher Verwahrung behalten worden ist, — eine Thatsache, welche nach den beigelegten Rathsacten allerdings als liquid erscheint, — als ein solches zufälliges Ereigniß (casus), welches den Beklagten seiner Verpflichtung zur Rückgabe des ihm anvertrauten Gegenstandes enthebe, da ihm ein dolus malus nicht zur Last falle, er vielmehr, wenn er durch eine Simulation die Uhr nebst Kette in seinen Gewahrsam gebracht, um sie der Behörde zur weiteren Erörterung der Sache zu überliefern, nur eine ihm in seiner amtlichen Stellung erlaubte List, einen dolus bonus im Sinne der Gesetze, angewendet habe.

Zuvörderst lassen sich sehr erhebliche Zweifel erheben, ob das Vertragsverhältniß, in welches Beklagter zu dem Kläger getreten, wirklich aus dem Gesichtspunkte des Commodates aufzufassen sei. Denn der manifestirte Zweck, zu welchem Beklagter die Uhr anvertraut erhalten hatte, war kein eigentlicher Gebrauch derselben, sondern er bestand nur darin, daß dem Beklagten die Füglichkeit gewährt werden sollte, die Uhr durch einen Sachverständigen untersuchen und prüfen zu lassen. Wollte man aber auch den Beklagten als Commodatar betrachten, so gilt doch beim Commodate bekanntlich der Grundsatz, daß der Commodatar nur den rein zufälligen Schaden nicht zu ersetzen hat.

§. 2 J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.)

„At is, qui utendum accepit, — propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit; alioqui, si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis."

fr. 5, §. 4, D. commod. vel contra (13. 6.).

Als ein rein zufälliger Schaden aber kann es nicht angesehen werden, wenn der Commodatar von der Sache nicht den Gebrauch macht, zu welchem sie ihm übergeben war und dadurch selbst sich in die Lage versetzt, seiner Verpflichtung zur Rückgabe entweder gar nicht oder doch nicht rechtzeitig entsprechen zu können. Dieser Fall liegt hier vor und es kann von einem, den Beklagten seiner Verbindlichkeit überhebenden reinen Zufall um so weniger die Rede sein, als Beklagter gleich von vorn herein etwas ganz anderes bezweckt hatte als das, was von ihm dem Kläger vorgegeben worden war, er sogar diesem durch das eingeräumte ausdrückliche Versprechen, ihm die Uhr spätestens in einer Stunde zurückzubringen, sich vinculirt hatte. Eine erlaubte List, ein dolus bonus, läßt sich in diesem Verhalten des Beklagten, dem vermöge seiner amtlichen Stellung ganz andere zum Ziele führende, weit geradere Wege, die Uhr in seinen Gewahrsam zu bringen, offen gestanden hätten, nicht finden und es kann daher der von ihm selbst veranlaßte Umstand, daß die Uhr nachher von der Polizeibehörde in Beschlag genommen wurde, ihn gegen den Anspruch des Klägers, gegen die civilrechtlichen Folgen seines dem Kläger gegebenen Versprechens, nicht schützen, wenn ihm auch nicht gerade eine eigentliche Arglist zur Last zu legen sein sollte.

Diese Erwägungen würden in der Hauptsache nothwendig zu einer Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses Bl. geführt haben, wenn dem nicht ein anderes gewichtiges Moment entgegenstände ꝛc.

126.

Inhaber von Ziegel- und Kalköfen, Ausbringer von Torf und Braunkohlen sind als Fabrikanten resp. Händler in dem Sinne des Gesetzes vom 23. Juli 1846 §. 1, sub 1 anzusehen, insofern sie die Producte an Andere verkaufen. — Dagegen fällt es, wenn ein Maurermeister zum Betrieb seines Gewerbes Ziegel und Kalk erkauft, nicht unter die hinsichtlich der Waaren, „mit denen der Käufer ein kaufmännisches Geschäft betreibt," gegebene Ausnahmebestimmung.

II. Sen.-Erk. vom 11. Novbr. 1859 no. 513/514 d. J.

Die Kläger bestreiten, daß die ihrem Erblasser zugestandenen Forderungen für aus den von ihm betriebenen Ziegeleien, Kalk- und Torfgruben an den Erblasser der Beklagten gelieferte Ziegel verschiedener Art, ingleichen für gelieferten Kalk, Torf und Braunkohle, zu denjenigen gehören, welche nach Maaßgabe des Gesetzes vom 23. Juli 1846 einer nur dreijährigen Verjährungsfrist unterliegen; aber mit Unrecht. Es kann vielmehr ein begründeter Zweifel darüber nicht aufkommen, daß hier in der That nur Forderungen in Frage sind, die einem Fabrikanten und Händler für Waaren seines Geschäfts zustehen, indem derjenige, der aus Lehm, Sand, Steinen und anderem Material Ziegel verschiedener Art fertigt, Kalk erzielt und aus Torf- und Braunkohlenlagern Feuerungsmaterial aufbereitet und hiermit allenthalben Handel treibt, jedenfalls im Sinne des angezogenen Gesetzes als Fabrikant und Händler anzusehen ist.

Eben so unrichtig ist der fernere Einwand der Kläger, daß der Erblasser der Beklagten als Maurermeister, welcher die erkauften Ziegel und den Kalk zu Erbauung von Häusern rc. für dritte Personen verwendet habe, unter die §. 1, sub 1 des gedachten Gesetzes erwähnte Ausnahme falle und als ein solcher Schuldner angesehen werden müsse, der mit den gekauften Waaren ein kaufmännisches Geschäft betrieben habe; denn die von ihm erkauften Ziegel und der Kalk sind nicht Waare, welche der Maurermeister, indem er für dritte Personen Häuser baut, weiter verkauft, sondern sie sind das

Material, aus dem und mit Hülfe dessen er ein opus anfertigt, welches er für Dritte herzustellen übernommen hat, und nur dieses aufgeführte Bauwerk ist es, nicht die einzelnen dabei verwendeten Zuthaten, über welche der Baumeister weiter verfügt.

127.

Wird durch Novation eine Waarenschuld in ein Darlehn verwandelt, so ist auch ohne schriftliche Feststellung die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 23. Juli 1846 ausgeschlossen.

Dasselbe Erkenntniß.

(Der Satz wurde als Meinung des OAG. unter Verweisung auf das in der Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XVIII, S. 344 mitgetheilte ältere Präjudiz ausgesprochen.)

128.

Der Empfänger unbestellt, jedoch mittelst Factura zugesendeter Waare muß, im Fall er solche zu erkaufen nicht gemeint, wenn er Kaufmann ist, soll sein Schweigen nicht als Annahme gelten, solche alsbald zur Disposition stellen.

II. Sen.-Erk. vom 18. Oct. 1859 no. 332/431 dess. J.

Beklagter hat die Bestellung der Waaren (deren Bezahlung Kläger von ihm fordert) geläugnet, aber eingeräumt, daß er in der Mitte des November 1857 die Waaren nebst einer, mit der der Klage unter A. beigefügten Rechnung gleichlautenden Factura vom Kläger zugesendet erhalten und daß er dieselben erst mittelst Briefes vom 17. Jan. 1858 Klägerm zur Disposition gestellt habe.

Die zweite Instanz geht davon aus, daß der Empfänger unbestellter Waaren gar keine Verpflichtung habe, gegen den Absender darüber sich zu erklären, ob er die Waaren behalten wolle oder nicht, daß daher aus der Unterlassung einer derartigen Erklärung binnen einer gewissen Frist die Folgerung sich nicht ableiten lasse, daß der Empfänger in den ihm offerirten Kauf eingewilligt habe und demnach zur Bezahlung des facturirten Preises verbunden sei;

folgerichtig ist sie dahin gelangt, den Beklagten zu absolviren, Falls er die Bestellung durch den angetragenen Eid ablehne.

Im Allgemeinen erkennt auch das OAG. die ebenerwähnten Grundsätze, auf denen die Entscheidung der zweiten Instanz beruht, als richtig an, nur ist es der, auch schon mehrfach befolgten Meinung, daß dieselben blos auf den Verkehr unter Nichtkaufleuten Anwendung zu leiden haben. Andere Rücksichten treten ein, wenn die betreffenden Interessenten dem Handelsstande angehören, wie dies hier der Fall ist, indem Kläger der Inhaber eines offenen Handlungsgeschäftes in Barmen ist, der Beklagte aber selbst als Handelsmann sich bezeichnet hat.

Daß ein Kaufmann dem andern mit Preisnote Waaren zusendet, die entweder von diesem gar nicht bestellt sind, oder doch in der Quantität oder sonst das Maaß der Bestellung überschreiten, ist bekanntlich eine im Handelsverkehre sehr gewöhnliche Erscheinung. Immer wird bei solchen Sendungen der Absender von der Voraussetzung ausgehen, daß der Empfänger die Waare behalten oder doch seine entgegengesetzte Entschließung ihm ehemöglichst kundmachen werde, damit er, der Absender, nach Befinden in den Stand gesetzt sei, thunlichst bald anderweit über dieselben disponiren zu können. Der Handelsverkehr würde aber außerordentlich gehemmt und gefährdet erscheinen, ließe man es ganz in das Belieben des Empfängers gestellt, ob und wenn er den Absender über seine Absicht aufklären wolle. Es würde dies augenscheinlich mit der für das ersprießliche Gedeihen des Handelsverkehrs so nöthigen kaufmännischen Ordnung ganz unvereinbar sein. Hiernach muß man im kaufmännischen Verkehre den Empfänger unbestellter Waaren allerdings zu einer ungesäumten Erklärung für verbunden erachten, dafern die Annahme, daß er die Waare behalten und den ihm dafür in Rechnung gestellten Preis bezahlen wolle, als beseitigt angesehen werden soll. Die vom Beklagten angezogene Bekanntmachung des Ministeriums des Innern vom 17. Septbr. 1836 bezieht sich ausschließlich auf den Vertrieb von Lotterieloosen, kann also als ein Specialgesetz mit Erfolg zur Widerlegung der eben ausgesprochenen Ansicht nicht angezogen werden.

Im vorliegenden Falle hatte Beklagter eine ungesäumte ableh-

nende Eröffnung unterlassen. Denn, wäre es auch wahr, was er behauptet, daß er von der ihm gemachten Zusendung erst gegen Neujahr 1858 Kenntniß gehabt habe, so hat er doch, seinem eignen Anführen nach, immer erst mittelst Briefes vom 17. Jan. die Waare dem Kläger zur Disposition gestellt und er würde somit, selbst wenn man dem Empfänger unbestellter Waare zu Abgabe seiner ablehnenden Erklärung ein modicum tempus zu gestatten hätte, auch dieses weit überschritten und immer mit der Erklärung zu lange gezögert haben.

129.

Handel auf Besicht, auf Probe, kann entweder ein suspensiv oder ein resolutiv bedingtes Geschäft sein. — Beweislast.

II. Sen.-Erk. vom 28. Oct. 1859 no. 627/464 dess. J.

Der sogenannte Handel auf Besicht oder auf Probe kann sowohl in der Form eines Kaufes unter einer Suspensivbedingung, als auch unter der einer Resolutivbedingung vorkommen. Schon das römische Recht erwähnt als Beispiele der ersten Gattung einen Handel der dahin lautet: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus,"

l. 4. J. de emt. et vendit. 3. 24.

als Beispiele eines Kaufs mit Resolutivbedingung aber, wenn verabredet worden ist: ut si res displicuisset, inempta esset,

l. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

oder: ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur,

l. 6. D. de rescind. vendit. 18. 5.

oder: ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur,

l. 31. §. 22. D. de aedil. edicto 21. 1.

oder endlich: ut si displicuerit intra certum tempus, inempta sit.

l. 2. §. 5. D. pro emtore 41. 4.

Es ist daher bei Lösung der Frage, ob dem Seiten des Käufers gemachten Vorbehalte der näheren Untersuchung oder Prüfung (des Probirens) des Kaufobjects, die Wirkung einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung beizulegen sei, zunächst auf die etwaigen Verabredungen der Parteien zu sehen, welche über die Absicht, den Kauf unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung

einzugehen, Aufschluß geben. Erst dann, wenn solche Verabredungen fehlen, z. B. der Kauf nur im Allgemeinen als ein Handel auf Besicht oder auf Probe bezeichnet worden ist, ist nach den sonstigen vorliegenden Umständen zu entscheiden, ob der Handel als suspensiv oder resolutiv bedingt anzusehen sei.

Heise und Cropp, juristische Abhdlgn. Th. 1. pag. 189 fg.

Thöl, Handelsrecht Bd. 1. §. 71.

Im vorliegenden Falle läßt das Vorbringen des Beklagten in den Anmerkungen zu pct. lit. cont., dessen Wahrheit vorausgesetzt, einen Zweifel nicht zu, daß der Handel nach der Darstellung des Beklagten nur auf Besicht oder Probe, und zwar mit der Wirkung einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden ist, da Beklagter bei dem Handelsabschlusse erklärt haben soll, daß er das Sattelpferd, welches er bei sich behalten wolle, kaufen würde, wenn es ihm genehm sei (cfr. fol. 26), ferner, daß er das zweite Pferd in gleicher Weise, wie das erste, nur auf Probe nähme, und dasselbe nur kaufen würde, wenn es ihm gefiele (cfr. fol. 28), endlich daß er, wenn ihm die beiden Pferde anständen, den Kaufpreis für dieselben mit 110 Thlrn. den 3. Juli bezahlen werde. Unter diesen Umständen kann der Ansicht des Klägers, daß der Handel, wie er von dem Beklagten angegeben worden, als resolutiv bedingt anzusehen sei, weil nicht nur eine Einigung über die Preise stattgefunden habe, sondern auch dem Beklagten die Pferde übergeben und von diesem die Gefahr übernommen worden sei, nicht beigetreten werden. Denn auch ein suspensiv bedingter Kauf setzt eine vollständige Vereinigung der Parteien über das Kaufsobject und den für den Fall, daß die Bedingung zu Erfüllung gelangt, zu gewährenden Preis voraus. Hiernächst kann die bloße Uebergabe verkäuflicher Thiere zum Zwecke des Probirens, und wenn sie gefallen, zur Erfüllung eines verabredeten Kaufs (si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si plicuissent, emeris)

l. 20. §. 1. D. de praescriptis verbis 19. 5.

l. 52. §. 3. D. ad legem Aquiliam 9. 2.

ein entscheidendes Merkmal, daß der Kauf mit resolutiver Wirkung abgeschlossen worden sei, wenigstens dann nicht abgeben, wenn von den Parteien, wie im vorliegenden Falle, verabredet worden sein

soll, daß die Uebergabe zunächst nur zum Zweck der Prüfung der Pferde erfolge. Endlich schließt ein suspensiv bedingter Kauf in keiner Weise aus, daß der Käufer die custodia übernimmt, welche ihm bei einem resolutiv bedingten Kaufe schon ohne ausdrückliche Verabredung obliegen würde.

Aus diesen Gründen war der Ansicht der vorigen Instanz, daß das Anführen des Beklagten nicht eine von demselben zu erweisende Ausflucht, sondern eine motivirte Verneinung des Klaggrundes enthalte, und deshalb die Entscheidung von dem delato über pct. lit. cont. unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten in den Anmerkungen zu pct. lit. cont. abhänge, beizupflichten, sonach aber das Urthel Bl. zu bestätigen.

130.

Bei dem Handel „nach Probe" oder „auf Proben" („nach Mustern") trifft den Verkäufer die Beweislast der Probemäßigkeit. — Als ein solcher kann es jedoch nicht gelten, wenn der Käufer vor dem Kaufabschlusse die Waare besichtigt und Proben davon entnommen hat.

II. Sen.=Erk. vom 22. Novbr. 1859 no. 769/549 d. J.

Dem Einwande des Beklagten, daß Kläger auf probemäßige Lieferung sich habe beziehen sollen, würde nach der Ansicht der jetzigen Instanz in dem Falle, wenn wirklich ein auf Proben abgeschlossenes Kaufgeschäft in Frage stände, Berücksichtigung zu schenken gewesen sein, indem das OAG., abweichend von der Annahme der zweiten Instanz, aus Gründen, die hier nicht weiter erörtert zu werden brauchen, die auch schon von

Treitschke, der Kaufcontract §. 46, S. 88

vertheidigte Ansicht, daß wenn ein Kaufcontract auf Proben der Waare geschlossen worden, dem Verkäufer der Beweis der probemäßigen Lieferung an den Abkäufer obliege, nicht aber dem Letzteren der Beweis, es sei ihm nicht probemäßig geliefert worden, anzusinnen sei, für die richtige hält und beim Rechtsprechen zeither constant befolgt hat.*)

---

*) Klagt daher Verkäufer den Kaufpreis ein, so gehört die Bezugnahme auf die Probemäßigkeit i. Z. zu Begründung der Klage. Dies

Ztschr. f. Rpfl. u. Verw., N. F. Bd. II, S. 358 fg.
Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1847, S. 67.

Allein einer Auffassung des jetzt fraglichen Kaufgeschäfts als eines solchen, welches nach oder auf Proben abgeschlossen worden, als wozu die in der Klage zu lesenden und in der Klagbeifuge sub A. gleichmäßig vorkommenden Worte: „laut Ansicht und den davon übergebenen Mustern ꝛc.," wenn sie allein ständen, möglicher Weise einige Veranlassung hätten bieten können — einer derartigen Auffassung treten, wie von beiden vorigen Instanzen mit Recht schon hervorgehoben worden ist, die weiteren Anführungen in der Klage (Einlass.-Pkt. 10—14) direct entgegen, wonach behauptet wird, daß die Beklagten die von ihnen erkaufte Wolle an den dort angegebenen drei verschiedenen Orten, woselbst sie damals gelagert habe, genau besichtigt und geprüft und den Kauf, nachdem sie sich von der Preiswürdigkeit der Wolle überzeugt, abgeschlossen hätten.

Ist aber Letzteres der Fall gewesen, wie durch das dem Kläger auferlegte Relatum, so weit es auf die Hauptsache sich bezieht, in rechtliche Gewißheit gesetzt werden soll, übrigens von Beklagten nach deren Auslassungen theilweise sogar nicht in Abrede gestellt zu werden scheint, so wird zugleich, daß das Geschäft ein Probehandel nicht gewesen ist, vielmehr Beklagte die Waare nach vorgängiger Besichtigung gekauft haben, in rechtliche Gewißheit gesetzt.

131.

Bei dem Lieferungskaufe über eine größere Quantität in einzelnen Partien zu liefernder Waaren kann der Käufer i. Z. den Kaufpreis für das empfangene Quantum nicht bis zu Erfüllung des ganzen Quanti Seiten des Verkäufers retiniren.

II. Sen.-Erk. vom 24. Novbr. 1859 no. 391/560 d. J.

Es ist die von dem Kläger wiederholt angezogene von Curtius Handb. d. sächs. Civilrechts Bd. 4. §. 1394a. p. 66. ed. 3. ausgesprochene Ansicht,

---

wurde unter Bezugnahme auf die im Text angeführten Präjudizien ausgesprochen durch

II. Sen.-Erk. vom 24. Novbr. ad no. 417/564 d. J.

daß bei einer Quantität Waaren der Käufer an sich erst nach vollständiger Lieferung des Ganzen zu Zahlung des Kaufpreises, nicht auch nach jeder Lieferung zur Zahlung einer verhältnißmäßigen Rate desselben, verpflichtet sei,

in der Allgemeinheit, in welcher sie aufgestellt worden, nicht richtig.

Ist nämlich eine Quantität von Sachen Gegenstand eines Kaufes, so ist allerdings von der Voraussetzung auszugehen, daß die gleichzeitige und vollständige Lieferung der ganzen Quantität der Gestalt Bedingung des Handels sei, daß ohne Unterschied, ob die Quantität in Bausch und Bogen für einen Aversionalpreis erkauft, oder ob das Kaufgeld nach Maaß, Zahl und Gewicht festgestellt worden ist, der Käufer zur Annahme einer theilweisen Lieferung nicht verpflichtet ist, sondern derselbe auf Lieferung des Ganzen bestehen, die theilweise Lieferung zurückweisen und das Kaufgeld so lange retiniren kann, bis ihm die volle Quantität gewährt worden ist.

Treitschke, der Kaufcontract §. 62. p. 142.

Auf diesen Grundsatz kann sich jedoch derjenige Käufer nicht beziehen, welcher bei Abschluß des Handels über eine in der Gattung und Qualität als gleichartig vorausgesetzte Waare seine Zustimmung ertheilt hat, daß die erkaufte Quantität, deren Kaufpreis nach Maaß, Zahl und Gewicht normirt ist, nach und nach in einzelnen Partien geliefert werde. Denn wenn auch der Kauf auf eine bestimmte Quantität gerichtet ist, so ist dennoch von den Parteien selbst festgesetzt worden, daß derselbe nicht gleichzeitig und auf einmal, sondern nach und nach zu erfüllen ist, so daß das Abkommen als ein schon nach römischem Rechte klagbares pactum de emendo et vendendo, durch welches ein genus in vorausbestimmter Quantität und Qualität erkauft wird, sich darstellt,

Treitschke, in der Ztschr. f. Rpfl. u. Verw., N. F. Bd. I, S. 74 fg.

die successiven Lieferungen aber als einzelne Käufe über ausgeschiedene Theile des erkauften genus anzusehen sind, welche auf Grund des getroffenen Abkommens realisirt werden. Wenn nun das Kaufgeld für eine Waare, dafern nicht wegen desselben Credit ertheilt worden, mit der Uebergabe der Waare selbst gefällig wird, so lei-

det diese Regel auch Anwendung, wenn die Waare contractmäßig in einzelnen Lieferungen übergeben wird, indem solchenfalls der Kaufpreis für jede einzelne Lieferung besonders zu berechnen und zu gewähren ist. Die Meinung des Klägers, daß die nurgedachte Rechtsansicht bei dem Lieferungshandel, wie er sich im kaufmännischen Verkehre gestaltet habe, unausführbar sei, ist offenbar unrichtig, da der Kläger die Stipulation der Einzellieferungen zunächst in seinem Interesse bedungen hat, damit ihm freistehe, die erkauften Steinkohlen, je nachdem es sein Bedürfniß erheische, abnehmen zu können. Weshalb er nun berechtigt sein sollte, die Zahlungen so lange zu suspendiren, bis die ganze erkaufte Quantität geliefert worden, ist nicht abzusehen, indem er die einzelnen Quantitäten Kohlen, sobald er durch Uebergabe in deren Besitz gelangte, anderweit verwerthen konnte, Beklagter aber durch die contractlich bedungene Lieferung ein Recht auf das dafür ausfallende Kaufgeld erlangt hatte.

Wollte man aber auch annehmen, daß die Verabredung, nach welcher in Partien geliefert werden solle, zu Gunsten des Beklagten getroffen worden sei, so würde doch das Recht des Klägers auf Lieferung der vollen Quantität zu dringen, demselben nicht das Befugniß gewähren, das Kaufgeld für die Kohlen, welche er wirklich erhalten, zu retiniren. Je öfter nun Lieferungscontracte über Objecte vom größten Werthe, welche der Verkäufer erst anschaffen muß, auf Jahre hinaus mit der Verabredung, daß solche nach und nach zu liefern seien, abgeschlossen werden, um so unbilliger würde das Verlangen des Käufers sein, daß der Verkäufer das Kaufgeld erst nach vollständiger Lieferung der ganzen Quantität zu fordern habe. Unter diesen Umständen würde daher der Kläger das Kaufgeld für die bereits erhaltenen Steinkohlen nur dann haben verweigern können, wenn bei dem Kaufabschlusse verabredet worden wäre, daß ihm dasselbe bis nach vollständiger Lieferung der ganzen erkauften Quantität Kohlen creditirt werde.

132.

Die Verwilligung eines „Discounts" für den Fall, daß binnen einer gewissen Zeit von Empfang der Waare an Zahlung erfolge, enthält kein Creditgeben über diesen Zeitpunkt hinaus.*)

Dasselbe Erkenntniß.

Das Wort: „Disconto, Decort oder Rabatt" bezeichnet im Allgemeinen einen bestimmten prozentweise berechneten Abzug vom Kaufgelde, der vom Verkäufer aus ganz verschiedenen Gründen bewilligt zu werden pflegt, z. B. aus Freundschaft gegen den Käufer, oder weil die Waare nicht empfangbar ist, u. s. w. Ursprünglich wurde diese Bezeichnung für den Abzug gebraucht, welchen der Käufer für die verfrühte Zahlung des unverzinslich creditirten Kaufpreises bei gewissen Waarengattungen abzuziehen usanzmäßig berechtigt war, wobei der Zinsfuß nach acht vom Hundert berechnet wurde.

Büsch, Darstellung der Handlung, Th. 1. ed. Norrmanns p. 165 fg.

Später pflegte aber auch ein Disconto oder Decort ohne alle Rücksicht auf die Zahlungsfrist bei gewissen Waaren, namentlich Seiten der Fabrikanten dem Käufer von Manufakturwaaren, dergestalt gewährt zu werden, daß der Abzug ein dem Käufer bewilligter Vortheil ist, welcher durch Verzug in der Zahlungsleistung nicht aufgehoben wird.

Thöl, Handelsrecht, Th. 1. §. 66.

Brinckmann, Lehrb. d. Handelsrechts §. 76. p. 319 fg.

Außerdem wird häufig der obengedachten ursprünglichen Bedeutung entsprechend unter Disconto oder Decort ein in Voraus festgesetzter, den gesetzlichen oder bedungenen Zinsen entsprechender Abzug verstanden, welchen der Käufer vom Kaufgelde kürzen kann,

---

*) In einem Lieferungsvertrage über Kohlen war bedungen, daß der Kaufpreis für die in jedem Kalender-Monat gelieferten Kohlen am 15. des folgenden mit 2% Discont bezahlt werden solle. Der Käufer wollte hieraus eine für ihn facultative Creditbewilligung über diesen Zeitpunkt hinaus ableiten. Das AG. Zwickau und das OAG. fand diese Ansicht nicht begründet.

wenn er den ihm bewilligten Credit gar nicht oder nicht vollständig benutzt,

Thöl a. a. O.

mit denselben Worten wird aber auch der Vortheil bezeichnet, welcher von dem Verkäufer dem Käufer unter der Bedingung bewilligt wird, daß zu einer im Voraus festgesetzten Zeit die Zahlung pünktlich erfolge.

Brinckmann a. a. O. p. 320.

In letzterm Falle, welcher hier vorliegt, erscheint der Decort als eine contractmäßig festgesetzte Prämie der rechtzeitigen Zahlung und läßt nicht erkennen, ob ein Credit bewilligt worden ist oder nicht.

133.

Rescission des Handels wegen als nicht vorhanden garantirter Fehler — dictum et promissum.

II. Sen.-Erk. vom 24. Novbr. 1859 no. 483/563 d. J.

Der Darstellung Bl. zufolge hat auf die von dem Beklagten geäußerten Bedenken über das starke Haaren der Waare*) Kläger erwidert, daß dies nichts auf sich habe, man brauche diesen Stoff nur etwas zu klopfen und zu bürsten, dann würde er nicht mehr haaren, dafür garantire er; auf die weitere Aeußerung des Beklagten aber, daß sich dies finden werde, er jedoch alsdann, wenn die Stoffe so stark wie es schiene, haaren würden, dieselben nicht gebrauchen könne, seine Versicherung und Garantie wiederholt. Nach der Ansicht des OAG. liegt in den Erklärungen Klägers eine solche Zusicherung in Betreff der Beschaffenheit der Waare, welche über die Grenze allgemeiner unverbindlicher Anpreisungen hinausgeht und als dictum et promissum den Verkäufer haftbar macht. Denn hätte Kläger darüber, ob Beklagter auf das Nichthaaren der Waare ein wesentliches Gewicht lege, nach den zuvor geäußerten Bedenken noch im Zweifel sein können, so würde dieser Zweifel mindestens durch die weiteren Herauslassungen des Beklagten beseitigt worden sein, da aus ihnen klar zu ersehen war, daß Beklagter nur durch das Vertrauen auf die ihm ertheilte Zusicherung zum

*) Es handelte sich um einen Pelzwerk nachahmenden Stoff.

Handelsabschlusse sich bestimmen lassen. Die demungeachtet wiederholte Versicherung Verkäufers stellt sich unter diesen Umständen als Zusage einer Eigenschaft der Waare dar, die Käufer mit Sicherheit erwarten darf und deren Gewährung er auf Grund des abgeschlossenen Kaufs zu verlangen berechtigt ist, gleichviel, ob Verkäufer dabei wissentlich oder unwissentlich dem Kaufobjecte eine Qualität beigelegt hat, die es in Wirklichkeit nicht besitzt, oder, wie Kläger anscheinend behauptet, überhaupt nicht haben kann (l. 43. D. de contr. emt. l. 13. pr. §. 1. 3. D. de act. emt. et vend). Wäre das starke Haaren der fraglichen Waare eine dem Verkäufer bekannte Eigenthümlichkeit derselben, so hätte es ihm obgelegen, den Käufer nicht in der Unkenntniß dieses Umstandes, in welcher er sich seinen Aeußerungen nach unverkennbar befand, zu belassen, und so durch absichtliches Verschweigen zu täuschen: ebensowenig aber würde ihn seine eigene Unbekanntschaft mit jener Qualität von der Haftung dafür befreien, da er die bona fides des Vertragsverhältnisses nicht durch Berühmung von Vorzügen oder Eigenschaften verletzen durfte, von deren Vorhandensein er sichere Ueberzeugung nicht hatte (non debuit facilis esse ad temerariam indicationem).

Nachtrag zu S. 15.

(Personalveränderungen ꝛc.)

Nachdem von Sr. Majestät dem Könige, in Folge Ablebens des Oberappellationsrathes Raabe (vergl. S. 412), der zeitherige Appellationsrath zu Zwickau Alexander Ferdinand Immanuel Pechwell zum Oberappellationsrathe ernannt worden, erfolgte dessen feierliche Einweisung am 2. April 1860. Derselbe ist dem zweiten Senate zugetheilt.

I. Gesetzregister.

A. Römisches und Canonisches Recht:

B. Sächsisches Recht (incl. der A. D. W. O.):

II. Sachregister.

A. Strafrecht und Strafprozeß.

B. Civil-, Ehe-, Prozeß- und Wechselrecht.

C. Personalnotizen.

Leipzig, Druck von A. Edelmann.